This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 773 360

VE RI TAS

HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

Belgium

TRAITÉ ÉLÉMENTAIRE

DES

SUCCESSIONS

A CAUSE DE MORT

EN DROIT ROMAIN

PAR

ALPHONSE RIVIER

Professeur à l'Université de Bruxelles, Associé de l'Académie royale de Belgique
Correspondant de l'Académie de jurisprudence et de législation de Madrid,
de l'Institut national genevois,
Membre honoraire de la Société suisse des Juristes, etc.

BRUXELLES
GUSTAVE MAYOLEZ, LIBRAIRE-ÉDITEUR
13, RUE DE L'IMPÉRATRICE, 13.

PARIS
A. MARESCQ, AINÉ
17, RUE SOUFFLOT, 17.

GENÈVE
H. GEORG, LIBRAIRE
10, CORRATERIE, 10.

1878

A Monsieur le Professeur
Van der Rest
hommage de son dévoué collègue
Alphonse Rivier

TRAITÉ ÉLÉMENTAIRE

DES

SUCCESSIONS

EN DROIT ROMAIN

TYPOGRAPHIE DE Mme WEISSENBRUCH
IMPRIMEUR DU ROI
RUE DU POINÇON, 45, A BRUXELLES

TRAITÉ ÉLÉMENTAIRE

DES

SUCCESSIONS

A CAUSE DE MORT

EN DROIT ROMAIN

PAR

Pierre Octave
ALPHONSE RIVIER

Professeur à l'Université de Bruxelles, Associé de l'Académie royale de Belgique
Correspondant de l'Académie de jurisprudence et de législation de Madrid,
de l'Institut national genevois,
Membre honoraire de la Société suisse des Juristes, etc.

BRUXELLES
GUSTAVE MAYOLEZ, LIBRAIRE-ÉDITEUR
13, RUE DE L'IMPÉRATRICE, 13.

PARIS
A. MARESCQ, AINÉ
17, RUE SOUFFLOT, 17.

GENÈVE
H. GEORG, LIBRAIRE
10, CORRATERIE, 10.

1878

Rupert
919

Foot 17

R

AU BARON

FRANZ DE HOLTZENDORFF,

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE MUNICH,
CORRESPONDANT DE L'INSTITUT DE FRANCE,
ASSOCIÉ DE L'ACADÉMIE ROYALE DE BELGIQUE, ETC.

HOMMAGE D'ANCIENNE ET RECONNAISSANTE AMITIÉ.

630571

AVANT-PROPOS.

Ce précis très-élémentaire est destiné surtout, mais non exclusivement, aux étudiants. On n'y trouvera guère de détails, et rien de neuf. Je me suis borné à exposer, suivant un ordre à peu près traditionnel, les principes qui ont régi les Successions à cause de mort dans le monde romain et qui les régissent encore ou de nouveau, avec des modifications parfois très-radicales, dans la plupart des pays de civilisation européenne.

J'y ai joint une chrestomathie. Peut-être la jugera-t-on trop développée, eu égard à la brièveté du texte français. J'ai laissé, en effet, le plus possible, la parole aux Prudents eux-mêmes. Leurs

décisions si rationnelles et si concises, rédigées en un style généralement facile, naturel, limpide, me paraissent toujours davantage former un heureux contraste avec ces répertoires hérissés de citations contradictoires et ces commentaires immenses, où l'on veut tout dire et tout prévoir, qui sont à la mode aujourd'hui comme ils l'étaient il y a quatre ou cinq siècles. J'aime à croire avec notre vieil Antoine Loisel, qu' « après tant de ramas confus et incertains, l'on ne desdaignera pas cette simplicité d'escrire en laquelle nous voyons les deux Scévoles, Nérace, Caïe, Papinian, Paul, Ulpian, Pompone, Martian, Rufin et autres jurisconsultes s'être employés, et le prince des médecins s'être acquis un loz immortel... » — *La chrestomathie n'est donc pas composée uniquement de pièces à l'appui. Elle doit offrir un recueil de fragments tirés des écrits des jurisconsultes classiques et des livres de Justinien à ceux des lecteurs de ce Traité qui voudront acquérir une connaissance indépendante, puisée à la source même et un peu plus approfondie que le texte français ne le comporte. Quant aux étudiants, en particulier, la chrestomathie a pour premier but de les faire travailler et penser.*

Quelques constitutions des empereurs chrétiens

ne présentent, malgré leur importance au point de vue législatif, ni l'utilité intrinsèque, ni l'intérêt de celles que rédigeaient les conseillers de Marc-Aurèle, de Caracalla ou d'Alexandre Sévère; elles sont prolixes, ampoulées, souvent obscures. Malgré la place excessive qu'elles prennent, j'ai cru devoir, presque toujours, les donner in extenso, *plutôt que de me permettre des suppressions nécessairement arbitraires.*

Dans le Droit des Successions comme ailleurs, les controverses abondent. J'en ai mentionné quelques-unes seulement, des plus importantes, sans polémiser.

*Je prie le lecteur de bien vouloir, avant de passer outre, jeter un coup d'œil sur l'*Errata *qui clôt le volume.*

Bruxelles, avril 1878.

PRÉLIMINAIRES.

PRÉLIMINAIRES.

I. — SOURCES.

Le Droit des Successions est exposé principalement aux endroits suivants des Livres juridiques de Rome :

GAIUS. Édition de Krueger et Studemund. Berlin, 1877. — II, 97-289. III, 1-87.

ULPIEN. Huschke, *Jurisprudentia Antejustiniana*. Leipzig, 1861. — XX-XXIX.

PAUL. Même recueil. — III, IV.

Code Théodosien. *Corpus juris* de Bonn, 1841. — II, 19-24. IV, 1-3, 6, 21. V, 1-4.

Institutes de JUSTINIEN. Huschke. Leipzig, 1868. — Krueger. Berlin, 1867. — II, 10-25. III, 1-12.

Digeste. Mommsen. Berlin, 1870. — V, 2-6. XXVIII-XXXVIII.

Code. Herrmann. — III, 28-31. VI.

Novelles. Osenbrueggen. — I, XVIII, XXII, LXXIV, LXXXIV, LXXXVII, LXXXIX, XCII, XCVII, CVII, CVIII, CXV, CXVIII, CXXVII, CLVIII, CLIX.

II. — APERÇU BIBLIOGRAPHIQUE.

Optimos libros nosse dimidium est scientiæ.

Les Glossateurs ont voué aux Successions le même soin qu'aux autres matières du droit. Les principales questions controversées dans la doctrine et la pratique actuelles ont été agitées par eux; ils ont formulé la plupart des règles bonnes ou mauvaises que l'on cite sans cesse aujourd'hui. Leur sagacité, leur talent d'interprétation, leur habileté à grouper les textes, leur étonnante connaissance et parfaite possession du Digeste et du Code, toutes ces qualités où ils n'ont pas été surpassés, se retrouvent dans leurs gloses, sommes, questions, distinctions et disputations sur les Titres des livres de Justinien qui traitent du droit d'hérédité. L'autorité d'un Azon, d'un Accurse a déterminé la jurisprudence et influé directement sur la législation. J'en dis autant des Commentateurs, spécialement au point de vue du droit français; nous devons plus qu'on ne pense communément à leurs consultations et à leurs explications, qui ont régné souverainement sur la pratique jusque bien après la Renaissance.

On doit aux Romanistes du XVIe siècle de nombreuses monographies, dont quelques-unes, maintes fois rééditées, n'ont pas perdu toute valeur. Mais c'est surtout dans les ouvrages généraux de cette grande époque et de l'École française que l'on puisera avec un réel profit et avec plaisir : dans les commentaires de Connan, de Douaren, d'autres encore, et en première ligne, naturellement, dans ceux de Cujas et de Doneau. Les livres VI à IX de l'œuvre systématique de l'illustre exilé contiennent ce que la France a produit de mieux dans la matière des Successions.

Je passe les innombrables auteurs, dissertateurs et compilateurs, généralement érudits et souvent fort distingués

par leur excellente culture classique et par leur soin minutieux du détail, qui ont foisonné durant le XVIIe et le XVIIIe siècle en Allemagne et plus encore en Hollande. Je me borne à nommer VOET, NOODT, BYNKERSHOEK, de l'école hollandaise, les Allemands LAUTERBACH, BOEHMER, HEINECCIUS, et le grand jurisconsulte d'Orléans, ROBERT-JOSEPH POTHIER. Ce dernier donne le droit romain tel qu'il était pratiqué en France de son temps, comme les Allemands de la même époque, et VOET aussi, exposent l'*usus modernus Pandectarum*[1].

Quelques bons traités des Successions ont vu le jour vers la fin du siècle dernier. Je mentionne les suivants :

LOBETHAN (F.-G.-A.). *Vollständige Abhandlung der Lehre von der Erbfolge*. Halle, 1779.

MADIHN (Louis-Godefroid). *Principia juris Romani de successionibus sive de jure hereditario*. Francfort sur l'Oder. Première édition, 1787; deuxième édition, 1792.

Aujourd'hui, les Allemands sont au premier rang pour tout ce qui concerne le droit romain. Il n'est guère possible d'en cultiver l'étude avec succès sans connaître leur langue et leur littérature; faute d'avoir consulté les nombreuses publications, de très-inégale valeur, qui s'entassent chaque année chez les libraires d'outre-Rhin, plus d'un travailleur a perdu sa peine, fait fausse route, et donné de bonne foi pour neuves des découvertes déjà faites et peut-être défaites depuis longtemps. Je donne ci-après une liste d'ouvrages généraux publiés en français ou en allemand depuis un peu plus d'un demi-siècle, soit sur l'ensemble du droit romain, soit du moins sur l'ensemble du droit des Successions. Cette liste, dont la composition prête sans doute à la critique, servira, je l'espère, à orienter

[1] Voyez sur les *Glossateurs et les Commentateurs*, mon *Introduction historique au droit romain*, § 214-215; sur l'École française, *ibid.* § 218; sur les jurisconsultes du XVIIe et du XVIIIe siècle, *ibid.* § 219.

ceux des lecteurs qui voudront faire de plus amples recherches dans ce domaine.

OUVRAGES GÉNÉRAUX DE DROIT ROMAIN.

(Institutes, Pandectes, Commentaires, Cours, Manuels, Systèmes, etc.)

ARNDTS (LOUIS), professeur à Bonn, Munich, Vienne, né en 1803, mort en 1878. *Lehrbuch der Pandekten*. Première édition, 1852. Neuvième, Stuttgart, 1878. Manuel très-riche, très-condensé, de premier ordre.

BARON (JULES), professeur à Berlin. *Pandekten*. Leipzig, 1872. Deuxième édition, 1877. Voyez *Revue de droit international et de législation comparée*, IV, 159-160. (1872.)

BOECKING (ÉDOUARD), professeur à Bonn, mort en 1870. *Institutionen des Rœmischen Civilrechts*. Bonn, 1862. — *Pandekten. Grundriss eines Lehrbuchs des gemeinen auf das Rœmische Recht gegründeten Civilrechts*. Cinquième édition, 1861. — Sur BOECKING, et ses ouvrages : *Revue de législation ancienne et moderne*, I, 731-733. (1870-1871.)

BRINZ (ALOÏS DE), professeur à Munich. *Lehrbuch der Pandekten*. Erlangen, 1857-1871. — Seconde édition non achevée, dès 1873. Voyez *Revue de droit international et de législation comparée*, VI, 325-326. (1874.)

BRUNS (CHARLES-GEORGES), professeur à Berlin. — *Das heutige Rœmische Recht*, dans l'*Encyclopédie* de HOLTZENDORFF. Tome I, p. 311-449. Leipzig, 1872. Tableau d'ensemble de l'état et du rôle actuels du droit romain.

DANZ (H.-A.-A.), professeur à Iéna. — *Lehrbuch der Geschichte des Rœmischen Rechts*. Deuxième édition, Leipzig, 1871-1873. Le livre IV (tome II), traite des Successions. § 159-186. — Voyez *Revue de droit international et de législation comparée*, VI, 324-325.

DEMANGEAT (CHARLES), professeur honoraire à la faculté de droit de Paris, conseiller à la Cour de cassation. *Cours élémentaire de droit romain*, contenant un abrégé de l'histoire externe du droit romain, l'explication complète des Institutes de Gaius et des Institutes de Justinien, etc. Troisième édition, Paris, 1876.

GOESCHEN (JEAN-FRÉDÉRIC-LOUIS), né en 1778, mort en 1837, professeur

à Gœttingue. Ses leçons, *Vorlesungen über das gemeine Civilrecht*, publiées après sa mort par ERXLEBEN (Gœttingue, 1838-1840. Seconde édition, 1843), sont claires et détaillées.

GLUECK (CHRÉTIEN-FRÉDÉRIC DE), professeur à Erlangen, né en 1755, mort en 1831. *Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld*. Tomes I à XXXIV. Erlangen, 1790-1830. Voyez sur ce Commentaire classique, interrompu par la mort de l'auteur, mais repris par des successeurs dignes de le mener à bonne fin, la *Revue de droit international et de législation comparée*, IV, 537-538. (1872.)

Continuation par :

MUEHLENBRUCH (CHRÉTIEN-FRÉDÉRIC), né en 1785, mort en 1843; professeur, en dernier lieu, à Gœttingue. Depuis le tome XXXV jusques et y compris le tome XLIII. Erlangen, 1832-1843.

FEIN (ÉDOUARD), né en 1813, mort en 1858, professeur à Zurich, Iéna, Tubingue. Livre XXIX des Pandectes, tomes XLIV et XLV. Erlangen, 1851-1853. Les volumes de FEIN, comme ceux, cités ci-après, de ses successeurs, forment des ouvrages particuliers. (*Recht der Codicille.*)

ARNDTS : Livres XXX à XXXII des Pandectes, tomes XLVI-XLVIII. Erlangen, 1868-1875. (*Die Lehre von den Vermächtnissen.*)

LEIST (BOURCARD-GUILLAUME), professeur à Iéna. Livres XXXVII et XXXVIII. (*Das Prätorische Erbsystem im classischen, nachclassischen und heutigen Recht. — Der Rœmische Erbrechtsbesitz in seiner ursprünglichen Gestalt.* Erlangen, 1870-1873. *Drei Erbrechtliche Lehren : Erbschaftserwerb seitens Handlungsunfähiger. — Prätorisches Notherbenrecht. — Collation.* Erlangen, 1875. — *Revue* citée, VI, 328-329. (1874.)

HOLZSCHUHER (RODOLPHE, baron DE), praticien savant, né en 1777, mort en 1861. *Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts*. Leipzig, 1843-1854. Troisième édition, par M. KUNTZE, Leipzig, 1863-1864.

KELLER (FRÉDÉRIC-LOUIS DE), né en 1799, mort en 1861, professeur à Zurich, Halle, Berlin. *Institutionen*. Leipzig, 1861. *Pandekten*, publiées après la mort de KELLER, par ÉMILE FRIEDBERG, Leipzig, 1861, et par G. LEWIS, 1866. Livre de premier ordre.

KUNTZE (JEAN-ÉMILE), professeur à Leipzig. *Institutionen und Geschichte des Rœmischen Rechts. Cursus, Excurse.* Leipzig, 1869. Voyez mon *Introduction historique au droit romain*, p. 66.

MACKELDEY (FERDINAND), né en 1784, mort en 1834, professeur, en dernier lieu, à Bonn. Son *Lehrbuch der Institutionen des heutigen Rœmischen Rechts* (Giessen, 1818) a eu quatorze éditions allemandes, dont la dernière a été publiée par J.-A. FRITZ (Vienne, 1862), et a été traduit en italien, en espagnol, en russe et deux fois en français. (ÉTIENNE et WARNKŒNIG, 1826. — JULES BEVING, 1841.)

MAREZOLL (THÉODORE), professeur à Giessen et Leipzig, mort en 1873. *Lehrbuch der Institutionen des Rœmischen Rechts*. Dixième édition, par M. SCHIRMER, Leipzig, 1873. Traduction française par M. PELLAT. Paris, 1839. 1852. *Revue* citée, VI, 714.

MAYNZ (CHARLES), professeur à Bruxelles, puis à Liége. *Éléments de droit romain*. Bruxelles, 1843. Quatrième édition, considérablement augmentée, sous le titre de *Cours de droit romain*, Bruxelles, 1876-1877. Je cite d'après la troisième, 1870-1874, l'impression de ce traité ayant commencé avant la publication du tome III de la quatrième contenant le droit de succession.

MUEHLENBRUCH. *Doctrina Pandectarum*. Halle, 1823-1825. — Dernière édition, Bruxelles, 1838. Éditions allemandes, Halle, 1835-1836 et 1844 (par MADAÏ). Classique.

NAMUR (P.), professeur à Liége. *Cours d'Institutes et d'histoire du droit romain*. Première édition, 1864. Deuxième, 1873. Les successions au tome II. La troisième édition de ce très-utile ouvrage est sous presse.

ORTOLAN (ELZÉAR), né en 1802, mort en 1873; professeur à la faculté de droit de Paris. *Explication historique des Instituts de l'empereur Justinien, avec le texte, la traduction en regard et les explications sous chaque paragraphe*. Dixième édition, revue et augmentée, par M. BONNIER, Paris, 1877.

PUCHTA (GEORGES-FRÉDÉRIC), né en 1798, mort en 1846; en dernier lieu, professeur à Berlin et membre de la Cour suprême du royaume de Prusse. *Cursus der Institutionen*. Leipzig, 1841-1842. Septième édition, par RUDORFF, Leipzig, 1871-1872. Huitième, par M. KRUEGER, Leipzig, 1875. Classique, comme les deux ouvrages suivants. — *Pandekten*. Leipzig, 1838. Onzième édition, par RUDORFF, Leipzig, 1872. Douzième, par M. SCHIRMER, 1877. — *Vorlesungen über das heutige Rœmische Recht*. Leipzig, 1847-1848. Sixième édition, par RUDORFF, Leipzig, 1872.

SALKOWSKI (CHARLES), professeur à Kœnigsberg. *Lehrbuch der Institu-*

tionen. Deuxième édition, Leipzig, 1875. Ouvrage recommandable, entre autres, par la chrestomathie.

SCHEURL (A. DE), professeur à Erlangen. *Lehrbuch der Institutionen*. Sixième édition, Erlangen, 1873.

SEUFFERT (JEAN-ADAM DE), né en 1794, mort en 1857; professeur à Würzbourg, homme politique, magistrat. *Praktisches Pandektenrecht*. Würzbourg, 1825. — Quatrième édition, par E.-A. SEUFFERT, Würzbourg, 1860-1871.

SINTENIS (CHARLES-FRÉDÉRIC-FERDINAND), né en 1804, mort en 1868; professeur à Giessen, président de la Cour supérieure d'Anhalt-Dessau-Cœthen, Ministre de la justice. *Das praktische gemeine Civilrecht*. Leipzig, 1844-1851. Troisième édition, 1869.

VANGEROW (CHARLES-ADOLPHE DE), né en 1808, mort en 1870; professeur à Marbourg, puis, pendant trente ans, à Heidelberg. *Leitfaden für Pandectenvorlesungen*, puis *Lehrbuch der Pandekten*. Tome II. *Erbrecht*. Première édition, 1842. Septième, 1863-1869, Marbourg et Leipzig. Beaucoup des notes qui enrichissent la plupart des paragraphes de ce programme modèle, sont, en réalité, de véritables monographies sur presque toutes les parties du droit de succession. Riche bibliographie et chrestomathie.

VAN WETTER (P.), professeur à Gand. *Cours élémentaire de droit romain*. Gand, 1870-1871. Deuxième édition, Gand, 1875-1876. Le tome II contient le droit héréditaire.

VERING (FRÉDÉRIC), professeur à Heidelberg, actuellement à Czernowitz. *Geschichte und Institutionen*, dans la quatrième édition, *Geschichte und Pandekten des Rœmischen Rechts*. Première édition, 1865. Quatrième, Mayence, 1875. Voyez *Revue* citée, VII, 324. (1875.)

WENING-INGENHEIM (JEAN-NÉPOMUCÈNE DE), mort en 1831, professeur à Landshut et Munich. *Lehrbuch des gemeinen Civilrechts*. Munich, 1822. Cinquième édition, par FRITZ, Munich, 1837-1838. Explications et additions par FRITZ, Fribourg, 1833-1839.

WINDSCHEID (BERNARD), professeur à Munich, Heidelberg, Leipzig. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Première édition, 1862. Quatrième, Düsseldorf, 1875. Le droit des successions, *Erbrecht*, forme le tome III, dont la quatrième édition n'a pas encore paru. Troisième, Düsseldorf, 1874. Classique.

Une place tout à fait à part et très-éminente doit être faite, en matière de droit de succession comme dans toutes les autres parties du droit, au livre non encore achevé de M. DE JHERING, l'illustre professeur de Gœttingue : *Der Geist des Rœmischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwickelung*. Leipzig, 1852-1863. Troisième édition, Leipzig, 1873 et années suivantes. M. O. DE MEULENAERE en donne actuellement une traduction française, dont les trois premiers volumes ont paru. Paris, Gand, 1877.

Je mentionne encore ici deux *Dictionnaires juridiques :*

Rechtslexicon für Juristen aller teutschen Staaten, de WEISKE, en quinze volumes, avec répertoire. Leipzig, 1839-1862. On y trouve des articles très-importants relatifs au droit de succession : notamment de HEIMBACH, sur la *Délation testamentaire*, tome X (1856), de CH. WITTE, professeur à Halle, et d'ARNDTS (spécialement sur les legs).

Rechtslexicon, seconde partie de l'*Encyclopédie juridique* de M. DE HOLTZENDORFF. Deuxième édition, Leipzig, 1875-1876.

TRAITÉS DES SUCCESSIONS.

BECKHAUS (F.-W.-K.). *Grundzüge des gemeinen Erbrechts*. Iéna, 1860. Inachevé.

HUNGER (JEAN-FRÉDÉRIC), professeur à Erlangen. *Das Erbrecht*. Erlangen, 1834. (Délation et acquisition de l'hérédité.)

KOEPPEN (C.-F.-ALBERT), professeur à Strasbourg. *System des heutigen Erbrechts*. Leipzig, 1862-1864. Inachevé. — M. KOEPPEN a encore publié : *System des heutigen Rœmischen Erbrechts im Grundrisse*. Würzbourg, 1867. Programme avec développements.

MAYER (M.-S.). *Die Lehre von dem Erbrechte nach dem heutigen Rœmischen Rechte. Die universelle Nachfolge*. Berlin, 1840. — *Die Lehre von den Legaten und Fideicommissen*. Tubingue, 1854.

ROSSHIRT (CONRAD-FRANÇOIS), professeur à Heidelberg, mort en 1873. *Einleitung in das Erbrecht und Darstellung des ganzen Intestaterbrechts*. Landshut, 1831.

SCHIRMER (THÉODORE), professeur à Breslau, actuellement à Kœnigsberg. *Handbuch des Rœmischen Erbrechts*. Leipzig, 1863. Inachevé.

TEWES (AUGUSTE), professeur à Gratz. *System des Erbrechts nach heutigem Rœmischen Recht*. Leipzig, 1863-1864. Nombreux textes à l'appui.

VERING. *Rœmisches Erbrecht in historischer und dogmatischer Entwickelung*. Heidelberg, 1861. Exposé consciencieux et détaillé.

ZIMMERN (SIGISMOND-GUILLAUME), né en 1796, mort en 1830, professeur à Heidelberg et à Iéna. *Grundriss des gemeinen in Deutschland geltenden Erbrechts*. Heidelberg, 1823. Programme avec développements.

Je place à part deux ouvrages très-dissemblables, qui ne sont pas destinés à l'enseignement :

GANS (ÉDOUARD), né en 1798, mort en 1839, professeur à Berlin. *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwickelung*. Le deuxième volume de cet ouvrage célèbre est consacré au droit romain : *Das Rœmische Erbrecht in seiner Stellung zum vor- und nachrœmischen*. Berlin, 1825. Voyez, sur GANS, mon *Introduction historique au droit romain*, p. 556.

LASSALLE (FERDINAND), né en 1825, mort en 1864. Second volume du *System der Erworbenen Rechte : Das Wesen des Rœmischen and Germanischen Erbrechts in historisch-philosophischer Entwickelung*. Leipzig, 1861. Beaucoup d'esprit, quelques idées sérieuses et justes.

Les revues et journaux juridiques renferment nombre de travaux plus ou moins originaux sur le droit romain ; il en est d'une valeur durable ; quelques-uns sont cités dans le cours de ce traité. On consultera avec fruit les diverses grandes revues françaises, spécialement la *Revue historique de droit français et étranger* (1855-1869) et ses deux continuations. Les revues allemandes, très-nombreuses, sont fort riches en articles sur les Successions en droit romain. L'élément historique est prédominant dans la *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (1815-1850), dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, fondée en 1862, et aussi dans le *Rheinisches Museum für Jurisprudenz* (1827-1835). D'autres périodiques allemands peuvent être qualifiés de scientifico-dogmatiques, d'autres de

scientifico-pratiques. Je range dans la première de ces deux catégories, les *Annales, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen Römischen und Deutschen Privatrechts*, fondées en 1857, et le *Jahrbuch des gemeinen Deutschen Rechts*, de la même année; dans la seconde, l'*Archiv für praktische Rechtswissenschaft* (dès 1852) et l'*Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den Deutschen Staaten* ou Archives de SEUFFERT, périodique créé en 1847, particulièrement précieux pour la connaissance du droit romain tel qu'il est journellement appliqué. Deux périodiques de premier ordre réunissent en une certaine mesure la pratique et la théorie : la *Zeitschrift für Civilrecht und Prozess* de Giessen, qui date de 1828, et l'*Archiv für civilistische Praxis*, cité parfois sous le nom de *Civilistisches Archiv*, qui date de 1818 et est dirigé actuellement par MM. FITTING, RENAUD et WINDSCHEID. D'autres revues enfin se sont imposé la tâche spéciale d'analyser et de critiquer les livres nouveaux; telles sont les *Annales* de SCHUNCK (1826-1836) et de RICHTER (1837-1848); la *Kritische Ueberschau* (1853-1859); sa continuation, la *Kritische Vierteljahrsschrift* de MM. PŒZL et BRINZ, dès 1859.

Quelques auteurs aiment à rechercher et à republier les articles qu'ils ont fait paraître dans des revues ou recueils. Ainsi a fait, par exemple, ARNDTS; le tome II de ses *Gesammelte civilistische Schriften* (Stuttgart, 1874) contient ce que le regretté professeur de Vienne a écrit sur les successions en dehors de ses Pandectes et de la suite de GLUECK.

Il y a beaucoup à tirer des *Mélanges, Dissertations, Opuscules* de plusieurs des auteurs que j'ai énumérés tout à l'heure et d'autres encore. Certains de ces recueils sont cités dans le Traité; ainsi les *Ausgewählte Lehren des Römischen Civilrechts* de M. BACHOFEN (Bonn, 1848), les *Civilistische Abhandlungen* de FRANCKE (Bonn,

1826), les *Abhandlungen aus dem Gebiete des Civilrechts* de GUYET (Heidelberg, 1829).

Peu d'ouvrages spéciaux sont cités dans le cours du volume.

Quelques ouvrages généraux figurent en tête de chaque paragraphe. Ces ouvrages sont de divers genres, plus ou moins développés. En fait d'ouvrages écrits en français, je renvoie régulièrement au remarquable cours de M. MAYNZ, qui est le plus détaillé des trois cours de droit romain en usage en Belgique. Si je n'ai cité ni M. ORTOLAN, ni M. DEMANGEAT, c'est qu'ils ont suivi l'ordre des Institutes et qu'il était, par conséquent, superflu de marquer les endroits de leurs livres si justement estimés où les diverses matières sont exposées. Les noms d'ARNDTS, KELLER, PUCHTA, VANGEROW, de M. BRINZ, de M. WINDSCHEID se rapportent aux traités de *Pandectes* marqués dans la première liste. Les noms de MM. KOEPPEN, SCHIRMER, TEWES, VERING indiquent les traités de ces auteurs sur le droit de succession. Quand je nomme M. DANZ, je renvoie à son *Histoire*. Je renvoie fréquemment, pour l'histoire externe, à mon *Introduction historique au droit romain* (Bruxelles, 1872).

J'ai indiqué, en note, les changements principaux qu'ont subis diverses institutions romaines, soit dans le *droit romain actuel* ou *droit civil commun* de l'Europe centrale, soit dans le Code Napoléon, dans le Code général de Prusse, dans le Code civil autrichien et dans quelques législations moins importantes. Il eût été aisé d'y ajouter le Code civil du royaume d'Italie; M. SERAFINI l'a constamment comparé au droit romain dans ses *Istituzioni di Diritto Romano* (Florence, 1872-1877); M. GUGINO a fait de même; d'autre part, M. PACIFICI MAZZONI tient toujours compte du droit romain dans son beau commentaire du Code civil. Pour le droit français, je cite le cours de mon honoré

collègue M. ARNTZ (Bruxelles, 1860-1875), cours qui possède, entre autres mérites, celui de donner toujours, sous la forme la plus condensée, l'origine et le développement historique des diverses institutions. Pour le droit prussien, j'ai utilisé l'ouvrage de M. FŒRSTER, *Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts* (troisième édition, Berlin, 1873-1874); on sait que l'excellent *Lehrbuch des preussischen Privatrechts* de M. DERNBURG n'est pas terminé encore. Pour le droit autrichien, j'avais le plus sûr des guides dans le tome sixième du *System des œsterreichischen allgemeinen Privatrechts* de M. UNGER : *Das œsterreichische Erbrecht systematisch dargestellt* (2e édition. Leipzig, 1871).

CHAPITRE PREMIER.

LA SUCCESSION UNIVERSELLE ET LA SUCCESSION PARTICULIÈRE A CAUSE DE MORT.

CHAPITRE PREMIER.

LA SUCCESSION UNIVERSELLE ET LA SUCCESSION PARTICULIÈRE A CAUSE DE MORT.

§ 1. — *Succession universelle.*

MAYNZ, § 442. ARNDTS, § 463-464. BRINZ, § 150. KELLER, § 455-456. KOEPPEN, § 1. PUCHTA, § 446. SCHIRMER, § 1, 2. TEWES, § 1. VERING, II, III. WINDSCHEID, § 527-528.

1. Lorsqu'un père de famille, un *civis sui juris*, meurt, il laisse après lui ce qui lui appartient, ses choses corporelles, ses choses incorporelles (en tant que sa mort ne les a pas anéanties [1]), ses créances ; il laisse aussi ses dettes.

---

[1] Les droits patrimoniaux attachés à la personne s'éteignent avec elle. Ainsi, les servitudes personnelles : Quod datur personis, cum personis amittitur, ideoque neque ad alium dominum prædiorum, neque ad heredem vel qualemcumque successorem transit. Ulpien, L. 1 § 43 *De aqua cottidiana* XLIII, 20. — L. 3 § 3 *Quibus modis ususfructus* VII, 4. Il en est de même de la possession, parce qu'elle suppose un état de fait qui cesse par la mort. — L. 23 pr. *De A. vel A. P.* XLI, 2. — L. 1 § 15 *Si is qui testamento liber esse jussus est* XLVII, 4. — Les droits non patrimoniaux restent en dehors du principe posé dans le texte ; ainsi, les actions populaires, les actions *vindictam spirantes*, etc., avant la litiscontestation. Après la litiscontestation, elles font partie du patrimoine. Voyez l'*Introduction historique au droit romain*, § 154.

Sa personne physique disparaît, mais son patrimoine lui survit, sa *familia*, universalité de droit et unité.

Cette notion du patrimoine survivant au maître mort, comme ensemble des relations économiques dans lesquelles il se trouvait lors de son décès, n'est point une fiction, mais c'est cependant une abstraction. La conscience juridique du peuple romain ne l'a pas créée d'emblée et d'un seul coup, par quelque intuition miraculeuse; l'abstraction suppose un droit déjà perfectionné. Il a fallu, sans doute, pour arriver à reconnaître celle qui nous occupe, du temps, des tâtonnements, des recherches de doctrine. On n'a vu, dans le principe, que les diverses choses corporelles et matérielles délaissées par le défunt; l'idée de l'universalité et de l'unité s'est formée peu à peu; elle n'a jamais été reconnue dans la succession des militaires. Enfin, est venue l'idée de l'universalité de droit, comprenant les créances et les dettes; à l'époque des jurisconsultes classiques, cette idée constitue le fondement du droit de succession à cause de mort [2].

2. Les éléments divers qui composent le patrimoine ne forment un ensemble juridique que pour autant qu'on les conçoit réunis dans la main d'une personne. La *familia* suppose un maître, *pater familias*, *herus*, *heres* [3].

---

[2] Cette abstraction est restée étrangère au droit germanique. Le droit germanique n'a vu dans le patrimoine que les choses matérielles d'espèces et de provenances diverses qui le composent, et a créé pour les différentes choses des successions différentes.

[3] *Herus* ou *heres* n'est autre que le *Herr* ou *Heer* des langues ger-

Le défunt doit être remplacé dans la souveraineté de ce patrimoine que sa mort a laissé sans maître.

---

maniques. C'est le même mot que le grec χεῖρ, l'idée de *main* étant inséparable de celle de *puissance* et servant à désigner la relation de puissance d'une part, de sujétion de l'autre. § 7 J. *De heredum qualitate et differentia* (2, 19) : Veteres enim *heredes* pro *dominis* appellabant. Ulpien, L. 11 § 6. *Ad legem Aquiliam* IX, 2 : Legis autem Aquiliæ actio *hero* competit, hoc est *domino*. Festus, au mot *heres :* Heres apud antiquos pro domino ponebatur. La forme *heres* a pris la signification spéciale de *maître par succession universelle*. La langue française a substitué l'adjectif *hereditarius*, devenu le substantif *héritier*, à l'ancien et excellent mot *hoir*. Il est à remarquer que *pater* signifia *maître*, avant de signifier père. Quant au mot *familia*, Ulpien en expose les diverses acceptions à la L. 195 *De V. S.* L, 16 : § 1. Familiæ appellatio qualiter accipiatur, videamus. Et quidem varie accepta est : nam et in res et in personas deducitur. In res, ut puta in lege duodecim tabularum his verbis : ADGNATUS PROXIMUS FAMILIAM HABETO. Ad personas autem refertur familiæ significatio ita, cum de patrono et liberto loquetur lex : EX EA FAMILIA, inquit, IN EAM FAMILIAM : et hic de singularibus personis legem loqui constat. § 2. Familiæ appellatio refertur et ad corporis cujusdam significationem, quod aut jure proprio ipsorum aut communi universæ cognationis continetur. Jure proprio familiam dicimus plures personas, quæ sunt sub unius potestate aut natura aut jure subjectæ, ut puta *patrem familias, matrem familias, filium familias, filiam familias* quoque deinceps vicem eorum sequuntur, ut puta nepotes et neptes et deinceps. *Pater* autem *familias* appellatur, qui in domo dominium habet, recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat : non enim solam personam ejus, sed et jus demonstramus : denique et pupillum patrem familias appellamus. Et cum pater familias moritur, quotquot capita ei subjecta fuerint, singulas familias incipiunt habere : singuli enim patrum familiarum nomen subeunt. Idemque eveniet et in eo qui emancipatus est : nam et hic sui juris effectus propriam familiam habet. Communi jure familiam dicimus omnium adgnatorum : nam et si patre familias mortui singuli singulas familias habent, tamen omnes qui sub unius potestate fuerunt recte ejusdem familiæ appellabuntur, qui (quia?) ex eadem domo et gente proditi sunt. § 3. Servitutium quoque solemus appellare familias (servitium quoque solemus appellare familiam?),

Nous voyons, en effet, qu'un ou plusieurs survivants prennent sa place à la tête de ses droits et de ses obligations, de ses actifs et de ses passifs, et continuent sa propriété et ses autres droits non éteints. Ils sont ses *successeurs universels*, ses *héritiers*.

L'*hérédité* est la succession universelle à cause de mort, *successio in universum jus quod defunctus habuit*. C'est un fait et un mode d'acquérir. C'est encore le patrimoine même du défunt. Notre mot de succession se prend aussi dans ces deux sens. Synonimes : *bona*, *familia*.

Il y a hérédité, même sans aucun objet corporel et sans actif aucun. L'hérédité peut n'être pas lucrative; elle peut être ruineuse.

Cicéron, *Topica* VI, 29 : Hereditas est pecunia, quæ morte alicujus ad quempiam pervenit. — L. 222 *De V. S.* L, 16.

Ulpien, L. 2 pr. *Familiæ erciscundæ* X, 2 : Per familiæ

---

ut in edicto praetoris ostendimus sub titulo de furtis, ubi praetor loquitur de familia publicanorum. Sed ibi non omnes servi, sed corpus quoddam servorum demonstratur hujus rei causa paratum, hoc est vectigalis causa. Alia autem parte edicti omnes servi continentur : ut DE HOMINIBUS COACTIS et VI BONORUM RAPTORUM, item redhibitoria, si deterior res reddatur emptoris opera vel familiæ ejus, et interdicto UNDE VI familiæ appellatio omnes servos comprehendit. Sed et filii continentur. § 4. Item appellatur familia plurium personarum, quæ ab ejusdem ultimi genitoris sanguine proficiscuntur (sicuti dicimus familiam Juliam), quasi a fonte quodam memoriæ (eodem ortæ?) § 5. Mulier autem familiæ suæ et caput et finis est.

On voit par ce qui précède que l'étymologie de *heredium* (*quod heredem sequeretur*) peut être juste, mais n'est pas concluante. Varron, *de Re Rustica* I, 10.

erciscundæ actionem dividitur hereditas, sive ex testamento, sive ab intestato, sive ex lege duodecim tabularum sive ex aliqua lege deferatur hereditas vel ex senatusconsulto vel etiam constitutione.

Julien, L. 62 *De R. J.* L, 17 et Gaius, L. 24 *De V. S.* L, 16 : Nihil aliud est hereditas quam successio in universum jus quod defunctus habuit.

Africain, L. 208 *De V. S.* L, 16 : Bonorum appellatio sicut hereditatis, universitatem quandam ac jus successionis et non singulas res demonstrat.

Ulpien, L. 3 pr. *De B. P.* XXXVII, 1 : Bona autem hic, ut plerumque solemus dicere, ita accipienda sunt universitatis cujusque successionem, qua succeditur in jus demortui suscipiturque ejus rei commodum et incommodum : nam sive solvendo sunt bona sive non sunt, sive damnum habent sive lucrum, sive in corporibus sunt sive in actionibus, in hoc loco proprie bona appellabuntur.

§ 2 J. *De rebus incorporalibus* II, 2 : Incorporales autem sunt, quæ tangi non possunt. Qualia sunt ea, quæ in jure consistunt : sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractæ. Nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur... Nam ipsum jus hereditatis... incorporale est. L. 1 § 1 *De R. D.* I, 8. Gaius II, 14.

Pomponius, L. 1 *De novationibus* XLVI, 2 : Morte testatoris non extinguitur stipulatio, sed transit ad heredem, cujus personam interim hereditas sustinet.

Le même, L. 37 *De A. v. O. H.* XXIX, 2 : Heres in omne jus mortui, non tantum singularum rerum dominium succedit, cum et ea quæ in nominibus sint, ad heredem transeant. Javolène, L. 22 *De usurpationibus* (XLI, 4).

Papinien, L. 50 pr. *De H. P.* V, 3 : Hereditas etiam sine ullo corpore juris intellectum habet.

Pomponius, L. 119 *De V. S.* L, 16 : Hereditatis appellatio sine dubio continet etiam damnosam hereditatem : juris enim nomen est sicuti bonorum possessio.

3. L'hérédité, telle que je viens de la définir, est la seule succession universelle à cause de mort [4].

Il y a, cependant, une distinction à faire. Dans l'acception stricte et technique, *hereditas* désigne la succession universelle du droit civil, par opposition à la succession universelle du droit prétorien, qu'on appelle techniquement *bonorum possessio* [5].

Paul, L. 138 *De V. S.* L, 16 : Hereditatis appellatione bonorum quoque possessio continetur. Ulpien, L. 170, même titre : Heredis appellatione omnes significari successores credendum est, etsi verbis non sint expressi. — § 6 J. *Per quas personas* II, 9 : ... Si cui ergo heredes facti sitis sive cujus bonorum possessionem petieritis... — Pr. J. *De legitima agnatorum successione* III, 2 : Si nemo suus heres vel eorum, quos inter suos heredes prætor vel constitutiones vocant, extat...

Ulpien, L. 3 § 1 *De B. P.* XXXVII, 1 : Hereditatis autem bonorumve possessio, ut Labeo scribit, non uti (utique?) rerum possessio accipienda est : est enim juris magis quam corporis possessio. Denique etsi nihil corporale est in hereditate, attamen recte ejus bonorum possessionem adgnitam Labeo ait.

4. Le défunt peut avoir plus d'un héritier. Ces héritiers succèdent par quotes-parts, résultat naturel du

---

[4] Il y a plusieurs successions universelles entre vifs : le *bonorum emptor* est successeur universel du failli ; le mari successeur universel de la femme entrant en sa puissance ; l'adrogeant successeur universel de l'adrogé ; il y a encore le cas du sénatus-consulte Claudien. Tit. J. *De adquisitione per adrogationem* III, 10 et *De successionibus sublatis, quæ fiebant per bonorum venditionem et ex senatusconsulto Claudiano* III, 12.

[5] *Infra*, § 9, 24, 31.

concours de deux ou plusieurs personnes dans le patrimoine d'une seule. *Concursus partes facit* [6].

Si ce concours n'avait pas lieu, l'héritier pour une quote-part, même minime, se trouverait de plein droit héritier pour le tout. Si ce concours se modifiait, si, par exemple, au lieu de trois héritiers, il n'en venait que deux, les parts changeraient; elles deviendraient, dans l'exemple, de tiers des moitiés. On dit alors qu'il y a *accroissement* [7].

§ 5 J. *De heredibus instituendis* II, 14 : Hereditas plerumque dividitur in duodecim uncias, quæ assis appellatione continentur. Habent autem et hae partes propria nomina ab uncia usque ad assem, ut puta hæc : sextans, quadrans, triens, quincunx, semis, septunx, bes, dodrans, dextans, deunx, as. L. 13 § 1, L. 50 § 2 *De heredibus instituendis* XXVIII, 5.

Paul, L. 63. *Ad Senatusconsultum Trebellianum* XXXVI, 1 : Paulus respondit his verbis : « *Sempronii, heredem te non scripsi, festinans per infirmitatem, ideoque ei dari volo tantum quantum pro uncia hereditatis competeret,* » videri quidem magis quantitatem, quam portionem hereditatis relictam, sed sic accipiendum, uti videatur de uncia etiam restituenda sensisse.

---

[6] Ces parts sont des quotités, non des quantités, ni des objets déterminés. Si un héritier est institué pour un objet déterminé, on tient compte de l'institution, non de l'objet. *Infra*, § 18.

[7] Droit d'accroissement, *infra*, § 38. Loi *Voconia* et legs de partition *infra* § 56. La notion de l'universalité du patrimoine étant étrangère au droit germanique, l'accroissement entre cohéritiers n'a d'autre fondement, dans ce système, que la volonté manifestée du défunt. De là, les dispositions du Code prussien (I, 12, § 254-258, 281-283), du Code saxon (2,271-276, et loi héréditaire de 1829) et du Code autrichien (554-556, 560-562).

§ 2. — *Succession particulière.*

MAYNZ, § 442. SCHIRMER, § 8. TEWES, § 1, 82.

A côté de l'hérédité et par son intermédiaire, un acte de dernière volonté[1] peut créer des successions particulières dans certaines choses ou quantités, ou même dans des parts aliquotes du patrimoine du défunt[2]. C'est là la notion du *legs*, diminution de l'actif de l'hérédité aux dépens de l'héritier et donation prescrite par dernière volonté.

On appelle legs soit la disposition elle-même, soit son objet.

Dans un sens spécial, le legs ou *legatum*[3] était la succession particulière à cause de mort du droit civil, par opposition à une autre espèce de succession particulière qui était appelée *fidei commissum;* cette différence n'existe plus dans le dernier état du droit romain.

Le légataire ne remplace pas le défunt dans l'universalité du patrimoine et n'est pas tenu des dettes.

L'hérédité a un caractère régulier, nécessaire; le legs est accessoire et accidentel, ce qui n'est nullement

---

[1] Testament ou codicille. *Infra*, § 10-12, § 77.

[2] *Legatum partitionis*, § 66; fidéicommis universel, § 82-83.

[3] *Infra*, § 76-79 et § 82-83. Les jurisconsultes classiques employent souvent les mots *legare, legatum*, dans le sens large, comprenant le fidéicommis.

incompatible avec un usage très fréquent. Il y a une hérédité légitime; il n'y a pas de legs légitime.

Gaius II, 97 : ... Legatorum jus, quo et ipso singulas res adquirimus... 191. — § 6 J. *Per quas personas nobis adquicitur* II, 9.

Pr. J. *De legatis* II, 20 § 1, même titre : Legatum itaque est donatio quædam a defuncto relicta.

Modestin, L. 36 *De legatis* 2, XXXI : Legatum est donatio testamento relicta.

Florentin, L. 116 pr. *De legatis* 1, XXX : Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit.

Pomponius, L. 120 *De V. S.* L, 16 : Verbis legis duodecim tabularum his : UTI LEGASSIT SUÆ REI, ITA JUS ESTO, latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi. Sed id interpretatione coangustatum est vel legum vel auctoritate jura constituentium.

Justinien, L. 2 C. *Communia de legatis et fideicommissis* VI, 43 : Et si fidei heredis vel legatarii aliquid committatur, hoc et legatum esse videatur.

§ 3. — *A qui succède-t-on et qui peut succéder à cause de mort ?*

MAYNZ, § 459. ARNDTS, § 471. KELLER, § 459. SCHIRMER, § 4. KOEPPEN, § 5. PUCHTA, § 448. TEWES, § 7. VANGEROW, § 404. VERING, X. WINDSCHEID, § 535.

1. L'hérédité suppose un vivant qui succède à un mort.

Il n'y a pas d'hérédité d'une personne vivante : *viventis hereditas in rerum natura non est*. En règle

générale, un acte qui s'y rapporterait serait sans objet et nul de ce chef, et aussi du chef d'immoralité [1].

Celui qui n'est pas encore conçu ou qui est déjà mort lors du décès du *De cujus* ne saurait être héritier. Aucun lien quelconque ne le rattache au défunt. La parenté, le mariage supposent la coexistence ; l'institution d'une personne qui n'est point *in rerum natura* est nulle.

Le legs, en revanche, peut être laissé même à celui qui n'est pas encore *in rerum natura*.

Paul, L. 19 *De A. v. O. H.* XXIX, 2 : Qui hereditatem adire vel bonorum possessionem petere volet, certus esse debet defunctum esse testatorem.

Pomponius, L. 27, même titre : Neminem pro herede gerere posse vivo eo, cujus in bonis gerendum sit, Labeo ait.

Le même, L. 1. *De hereditate vel actione vendita* XVIII, 4 : Si hereditas venierit ejus qui vivit, aut nullus sit, nihil esse acti, quia in rerum natura non sit, quod venierit.

§ 8 J. *De hereditatibus quæ ab intestato deferuntur* III, 1 : ... Plane si et conceptus et natus fuerit post mortem avi, ... suus heres avo non existit, quia nullo jure cognationis patrem sui patris tetigit.

Ulpien, L. 1 § 8 *Unde Cognati* XXXVIII, 8 : Si quis proximior cognatus nasci speretur (nasceretur ?) in ea conditione est, ut dici debeat obstare eum sequentibus : sed ubi natus non est, admittemus eum, qui post ventrem proximus videbatur, sed hoc ita demum erit accipiendum, si hic qui in utero esse dicitur vivo eo de cujus bonorum possessione agitur fuit conceptus, nam si post mortem, neque obstabit alii neque ipse admittetur, qui non fuit proximus cognatus ei, quo vivo nondum animax (animans ?) fuerit.

---

[1] *Infra*, § 4.

Julien, I. 8 pr. *De suis et legitimis* XXXVIII, 16 : Item prætor edicto suo proximitatis nomine bonorum possessionem pollicetur his qui defuncto mortis tempore cognati fuerint. Nam quod in consuetudine nepotes cognati appellantur etiam eorum post quorum mortem concepti sunt, non proprie sed per abusionem vel potius ἀναφορικῶς, id est per relationem, accidit.

Le même, L. 6, même titre : ... Respondit : Qui post mortem avi sui concipitur, is neque legitimam hereditatem ejus tamquam suus heres, neque bonorum possessionem tanquam cognatus accipere potest, quia lex duodecim tabularum eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo de cujus bonis quæritur, in rerum natura fuerit.

Paul, L. 3 *De bonorum possessione secundum tabulas* XXXVII, 11 : Verum est, omnem postumum, qui moriente testatore in utero fuerit, si natus, bonorum possessionem petere posse.

Ulpien, L. 3 § 11 *De suis et legitimis* XXXVIII, 16 : Post decem menses mortis natus non admittitur ad legitimam hereditatem.

Paul, L. 47 § 3 *De bonis libertorum* XXXVIII, 2 : Paulus respondit nepotem, etiam post mortem avi conceptum, superstitem liberto, bonorum possessionem contra tabulas liberti aviti petere posse, et ad hereditatem legitimam ejus admitti ; responsum enim Juliani tantum ad hereditatem legitimam, item bonorum possessionem avi petendam pertinere.

Modestin, L. 32 § 6 *De legatis* 2, XXXI : In fidei commisso, quod familiæ relinquitur, hi ad petitionem ejus admitti possunt, qui nominati sunt, aut, post omnes eos extinctos, qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore, quo testator moreretur, et qui ex his primo gradu procreati sint, nisi specialiter defunctus ad ulteriores voluntatem suam extenderit.

2. L'étranger, qui ne participe pas au droit civil, ne saurait être héritier ; l'esclave non plus, pour lui-même

et comme tel. Ils ne peuvent pas davantage être légataires.

Les condamnés aux peines capitales sont esclaves ou étrangers.

A cette incapacité fondée sur la nature des choses, les dispositions légales ont ajouté, à titre de peine, d'autres incapacités totales ou partielles. C'est ainsi qu'une constitution tristement célèbre d'Arcadius et Honorius, consacrant une vieille iniquité, a frappé d'incapacité absolue les fils de coupables de haute trahison et réduit les filles au quart de la succession maternelle. Les hérétiques, ou du moins certains hérétiques, ont été exclus de toutes successions par les empereurs chrétiens. La veuve qui a violé l'an de deuil ne peut succéder *ab intestat* qu'à des parents rapprochés, par testament à personne. Des rigueurs du même genre furent infligées par Arcadius et Honorius aux incestueux et à leurs enfants ; Justinien les a implicitement abrogées.

La capacité requise pour être institué héritier et pour être légataire s'appelle *testamenti factio;* il en sera traité à propos de la succession testamentaire [2].

Marcien, L. 3 pr. *De his quæ pro non scriptis* XXXIV, 8 : Si in metallum damnato quid extra causam alimentorum relictum fuerit, pro non scripto est... : nam pœnæ servus est.

Ulpien, L. 4, même titre : Si eo tempore, quo alicui

---

[2] *Infra*, § 13, 17, 58.

legatum adscribebatur, in rebus humanis non erat, pro non scripto hoc habebitur. § 1. Sed et si in hostium postestate erat ..., pro non scripto erit.

Africain, L. 13. *De B. P.* XXXVII, 1 : Edicto Prætoris bonorum possessio his denegatur, qui rei capitalis damnati sunt neque in integrum restituti sunt. Rei autem capitalis damnatus intellegitur is, cui pœnæ mors aut aquæ et ignis interdictio sit. Cum autem in relegationem quis erit, ad bonorum possessionem admittitur.

Marc-Aurèle, L. 1 C. *De heredibus instituendis* VI, 24 : Qui deportantur, si heredes scribantur, tanquam peregrini capere non possunt, sed hereditas in ea causa est, in qua esset, si scripti non fuissent.

Valentinien, Théodose, Arcadius, L. 3 C. *De apostatis* I, 7 (399).

Théodose et Valentinien, L. 5 C. *De haereticis et Manichaeis et Samaritis* I, 5 (428).

Constantin, L. 1 C. *De naturalibus liberis et matribus eorum* V, 27 (336). — Justinien, L. 8, même titre (528). Novelle LXXXIX, ch. 12, *De naturalibus liberis* (539).

Gratien, Valentinien, Théodose, L. 1 et 2 C. *De secundis nuptiis* V, 9 (380-381). — Léon et Antémius, L. 6, même titre (469). — Justinien, Novelle XXII, *De his qui secundas nuptias contrahunt* (536).

Arcadius et Honorius, L. 6 C. *De incestis et inutilibus nuptiis* V, 5 (396).

Arcadius et Honorius, L. 5 C. *Ad legem Juliam majestatis* IX, 8 (Lex Quisquis. 397) : § 1 Filii vero ejus, quibus vitam imperatoria specialiter lenitate concedimus (paterno enim deberent perire supplicio, in quibus paterni, hoc est hereditarii criminis exempla metuuntur), a materna vel avita, omnium etiam proximorum hereditate ac successione habeantur alieni, testamentis extraneorum nihil capiant, sint perpetuo egentes et pauperes, infamia eos paterna semper comitetur, ad nullos unquam honores, nulla prorsus sacramenta perveniant, sint postremo tales, ut his, perpetua egestate sordentibus, sit et mors solatium et vita suppli-

cium. § 3. Ad filias sane eorum, quolibet numero fuerint, Falcidiam tantum ex bonis matris, sive testata sive intestata defecerit, volumus pervenire, ut habeant mediocrem potius filiæ alimoniam, quam integrum emolumentum ac nomen heredis. Mitior enim circa eas debet esse sententia, quas pro infirmitate sexus minus ausuras esse confidimus.

CHAPITRE II.

PRINCIPES GÉNÉRAUX DE LA SUCCESSION UNIVERSELLE.

CHAPITRE II.

PRINCIPES GÉNÉRAUX DE LA SUCCESSION UNIVERSELLE.

---

§ 4. — *Qui est héritier ?*

MAYNZ, § 443. ARNDTS, § 470. BRINZ, § 152. DANZ, § 159. KELLER, § 456. KOEPPEN, § 4. PUCHTA, § 449. SCHIRMER, § 5. TEWES, § 5, 6. VANGEROW, § 396-397. VERING, XIV. WINDSCHEID, § 537.

1. Sous le régime de la loi des Douze Tables, c'est régulièrement le défunt lui-même qui a nommé son héritier ou ses héritiers par un acte de dernière volonté, absolument unilatéral, que la loi sanctionne et qui est respecté comme une loi.

Les Douze Tables, en effet, autorisent le père de famille à *dicter la loi de son patrimoine, legem dicere suæ rei, legare* [1]. Elles ordonnent que cette loi fasse droit.

L'acte ayant lieu devant témoins, a reçu le nom de *testament*[2].

---

[1] Le mot de *legare* signifie donc, dans la langue juridique des Douze Tables, *tester*. Le sens s'est modifié et spécialisé, jusqu'à devenir *léguer*.

[2] Sur la signification véritable du *testis*, dans l'ancien droit romain, voyez JHERING, *Esprit du droit romain*, § 11 b (§ 13, dans la tra-

C'était, à Rome, le seul moyen de nommer héritier. Une nomination par convention ou institution contractuelle ne pouvait avoir d'effet ; pour le Romain, lier sa volonté dernière était contraire à la dignité, à la moralité. Il en était de même de la renonciation à une succession non encore déférée[3].

---

duction de M. de Meulenaere, Gand, 1877). Les anciens donnaient une autre étymologie du mot *testamentum*, ou plutôt faisaient, à leur manière, un jeu de mots. Pr. J. *De testamentis ordinandis* III, 10 : Testamentum ex eo appellatur quod testatio mentis est. — Ulpien XX, 1 : Testamentum est mentis nostræ justa sententia, in id solemniter facta ut post mortem nostram valeat.

[3] Les pactes successoires, soit acquisitifs, soit renonciatifs, sont donc étrangers au droit romain, du moins au droit à nous connu ; peut-être n'en a-t-il pas toujours été de même.

Ce n'est qu'improprement que l'on a pu voir une exception au principe dans la loi 19, au Code, *De pactis* II, 3 (290). Ce rescrit proclame seulement la validité des dernières dispositions de deux soldats en faveur l'un de l'autre.

En revanche, les coutumes du moyen âge et, plus encore, la jurisprudence moderne ont développé et consacré les institutions contractuelles et les renonciations, sous l'influence du droit canonique (C. 2. *De pactis*, au Sexte, I, 18) et aussi du droit germanique. Dans l'ancien droit français, le contrat donne un droit de succession au même titre que la loi.

Le droit commun admet aussi les pactes successoires, tant acquisitifs que renonciatifs. De même, le Code prussien. Le Code Napoléon n'admet de pacte successoire que dans le contrat de mariage, et encore seulement l'acquisitif (art. 1082-1090). Le Code autrichien admet le pacte acquisitif entre époux.

Il ne faut pas confondre avec le pacte successoire, *pactum hereditarium vel acquisitivum vel renuntiativum*, les conventions qui ont pour objet la succession d'un tiers encore vivant, *pacta de hereditate tertii viventis*. Ces conventions étaient, en général, et sont encore, selon le droit commun, nulles en tant qu'immorales et dangereuses. Une affaire de ce genre paraît toutefois n'offrir ni immoralité ni danger lorsque le

Loi des Douze Tables. Table V, 3 (Bruns) : UTI LEGASSIT SUPER PECUNIA TUTELAVE SUÆ REI, ITA JUS ESTO.

Ulpien, L. 130 *De V. S.* L, 16 : Lege obvenire hereditatem non improprie quis dixerit et eam, quæ ex testamento defertur, quia lege duodecim tabularum testamentariæ hereditates confirmantur.

Ulpien, L. 52 § 9 *Pro Socio* XVII, 2 : Idem (Papinianus) respondit, societatem non posse ultra mortem porrigi, et ideo nec libertatem de supremis judiciis constringere quis poterit vel (cogere socium) cognatum ulteriorem proximioribus praeferre.

Valérien et Gallien, L. 15 C. *De pactis* II, 3 (259) : Pactum, quod dotali instrumento comprehensum est, ut, si pater vita fungeretur, ex æqua portione ea, quæ nubebat,

---

tiers en a connaissance et y consent; s'il a persévéré dans son libre consentement jusqu'à sa mort, l'acte peut sortir son effet; dans le cas contraire, l'héritier est frappé d'indignité (*Infra* § 91). — Justinien, L. 30 C. *De pactis* II, 3 (531) : Sed nobis hujusmodi pactiones odiosæ videntur et plenæ tristissimi et periculosi eventus. Quare enim, quodam vivente et ignorante, de rebus ejus quidam paciscentes conveniunt? Secundum veteres itaque regulas sancimus, omnimodo hujusmodi pacta, quæ contra bonos mores inita sunt, repelli et nihil ex his pactionibus observari, nisi ipse forte, de cujus hereditate pactum est, voluntatem suam eis accommodaverit, et in ea usque ad extremum vitæ suæ spatium perseveraverit.

Marcien, L. 2 § 3 *De his quæ ut indignis* XXXIV, 9 : Idem erit, si quis vivi ignorantis bona vel partem bonorum alicujus cognati donaverit; nam quasi indigno aufertur.

Il n'y a rien d'immoral ni de dangereux dans une convention tout à fait générale, relative non à l'hérédité d'un tiers déterminé, mais à n'importe quelle hérédité à laquelle pourrait être appelé le contractant.

Paul, L. 3 § 1 *Pro socio* XVII, 2 : Cum specialiter omnium bonorum societas coïta est, tunc et hereditas et legatum et quod donatum est aut quaqua ratione adquisitum, communioni adquiritur.

Ulpien, L. 11 *De H. vel A. V.* XVIII, 4 : Nam hoc modo admittitur esse venditionem : « *Si qua sit hereditas, est tibi emta,* » et quasi spes hereditatis; ipsum enim incertum rei veneat, ut in retibus.

cum fratre heres patri suo esset, neque ullam obligationem contrahere, neque libertatem testamenti faciendi mulieris patri potuit auferre.

Papinien, L. 29 § 2 *De donationibus* XXXIX, 5 : Donationem quidem partis bonorum proximæ cognatæ viventis nullam fuisse constabat, verum ei, qui donavit ac postea jure praetorio successit, quoniam adversus bonos mores et jus gentium festinasset, actiones hereditarias in totum denegandas respondit.

Marcien, L. 30, même titre : Nam ei ut indigno aufertur hereditas.

Julien, L. 61 *De V. O.* XLV, 1 : Stipulatio hoc modo concepta : « *Si heredem me non feceris, tantum dare spondes* », inutilis est, quia contra bonos mores est haec stipulatio.

Ulpien, L. 2 § 2 *De vulgari et pupillari* XXVIII, 6 : ...Improbum esse Julianus existimat eum, qui sollicitus est de vivi hereditate.

Papinien, L. 16 *De suis et legitimis* XXXVIII, 16 : Pater instrumento dotali comprehendit, filiam ita dotem accepisse, ne quid aliud ex hereditate patris speraret; eamque scripturam jus successionis non mutasse constitit, privatorum enim cautione legum auctoritatem non censeri.

Ulpien, L. 13 *De A. vel O. H.* XXIX, 2 : Is, qui heres institutus est, vel is, cui legitima hereditas delata est, repudiatione hereditatem amittit. Hoc ita verum est, si in ea causa erat hereditas, ut et adiri posset : ceterum heres institutus sub condicione si ante condicionem existentem repudiavit, nihil egit, qualisqualis fuit condicio, etsi in arbitrium collata est. § 1. Si quis dubitet, vivat testator necne, repudiando nihil agit.

Paul, L. 18, même titre : Is potest repudiare, qui et adquirere potest.

Le citoyen romain attachait le plus haut prix au droit de régler lui-même, souverainement, le sort de

son patrimoine ; la mort sans testament était redoutée ; un blâme atteignait la mémoire de celui qui, pouvant tester, négligeait de le faire et se laissait surprendre ainsi par la mort. Il est permis d'expliquer ce sentiment par le désir de corriger l'exclusivisme du droit civil, désir qui devait être particulièrement impérieux après que l'émancipation fût admise. Le testament a devancé les réformes du préteur [4].

Cet état de choses suppose un complet développement de la propriété et, en général, une civilisation juridique et sociale avancée. Sans doute, le testateur n'a pas toujours été ce maître souverain, libre de disposer à sa guise ; sans doute, il lui fallait, dans le principe, le consentement de ses agnats et celui de ses gentils ; d'ailleurs, des devoirs spéciaux s'imposaient à lui s'il avait des enfants, une épouse en sa puissance [5].

La coutume a dû tenir une grande place en cette matière des testaments. On en sait, en somme, peu de chose ; l'histoire du droit est forcée de recourir à l'hypothèse et à l'analogie pour résoudre nombre de problèmes délicats, dont l'examen sort de notre cadre.

2. A défaut de testament ou d'héritier testamentaire, la loi appelle à la succession de l'intestat les membres les plus proches de sa famille civile, à laquelle la famille naturelle s'est jointe et peu à peu substituée.

---

[4] Adoption, émancipation, testament : trois institutions qui se touchent et se tiennent, et qu'il importe de ne pas perdre de vue si l'on veut comprendre la famille romaine.

[5] *Infra*, § 28 et suivants.

A défaut de famille civile, la loi appelle les membres de la *gens*.

L'hérédité est dite alors *légitime* ou *ab intestat* [6].

Il n'y a d'héritier légitime qu'à défaut d'héritier testamentaire.

Pr. J. *De hereditalibus quæ ab intestato deferuntur* III, 1 : Intestatus decedit, qui aut omnino testamentum non fecit, aut non jure fecit, aut id quod fecerat ruptum irritumve factum est aut nemo ex eo heres extitit.

Ulpien, L. 39. *De A. vel O. H.* XXIX, 2 : Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur.

3. Ces deux modes de désignation de l'héritier s'excluent l'un l'autre. Ou le défunt est mort testat, ou il est mort intestat. Il n'y a pas de milieu : *Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.*

Si le défunt a fait un testament où il a institué Titius pour la moitié de son héritage et personne d'autre, on ne le considère point comme étant mort intestat, car il n'y a pas de motif pour déclarer l'institution et, par elle, le testament nuls. La condition à laquelle les décemvirs ont subordonné la succession légitime fait ainsi défaut, et, vu l'unité et l'universalité de l'hérédité, l'institué hérite du tout [7].

---

[6] L'*hérédité légitime* n'est pas strictement identique à l'*hérédité ab intestat*, celle-ci comprenant la succession prétorienne.

L'expression d'*hérédité légitime* se prend souvent dans un sens restreint pour désigner la succession des agnats. *Legitimus* est alors synonyme d'*agnatus*, et opposé à *suus*.

[7] Il existe toute une littérature sur cette règle. Voyez les indications de HAUBOLD, *De causis cur idem et testato et intestato decedere non possit*

Si, toutefois, le testateur est un militaire, on tient compte de son intention probable d'instituer pour le surplus de sa succession son héritier légitime, intention qu'il n'a pas su exprimer convenablement. La règle est, en conséquence, formulée plus strictement en ces termes : *Nemo in paganis pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.*

§ 5 J. *De heredibus instituendis* II, 14 : Nam tot unciæ assem efficiunt, quot testator voluerit, et si unum tantum quis ex semisse verbi gratia heredem scripserit, totus as in semisse erit : neque enim idem ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles, cujus sola voluntas in testando spectatur.

Ulpien, L. 6 *De testamento militis* XXIX, 1 : Si miles unum ex fundo heredem scripserit, creditum (*creditur*) quantum ad residuum patrimonium intestatus decessisset (*decessisse*) ; miles enim pro parte testatus potest decedere, pro parte intestatus. Cf. Paul, L. 37, même titre.

Pomponius, L. 7 *De R. J.* L, 17 : Jus nostrum non patitur, eumdem in paganis et testato et intestato decessisse, earumque rerum naturaliter inter se pugna est, testatus et intestatus.

Cicéron. *De inventione* II, 21 : Unius pecuniæ plures dissimilibus de causis heredes esse non possunt, nec unquam factum est, ut ejusdem pecuniæ alius testamento alius lege heres esset.

4. Cette règle a reçu diverses atteintes[8]. Une seule

(1788), au tome I de ses Opuscules ; celles de VANGEROW, § 397, et celles de M. SCHIRMER, p. 52-64. Étude importante de M. HUSCHKE, *Rheinisches Museum* VI.

[8] *Infra*, § 29 (prétérition d'héritiers siens autres que les fils) ; § 33 (rescission partielle d'un testament pour inofficiosité). La règle a été

sera mentionnée ici. Le préteur, pour des motifs d'équité, accordait, dans certains cas de testament vicieux par son contenu, une succession contraire au testament, *successio contra tabulas*, où la succession testamentaire était rectifiée selon les principes de la succession légitime [9].

Ainsi, les successions universelles à cause de mort se divisent en deux catégories principales, suivant que l'héritier est désigné par testament ou par la loi, et l'on peut ajouter une troisième catégorie mixte, la succession *contra tabulas*, qui est une succession testamentaire modifiée.

§ 5. — *Délation et acquisition de l'hérédité.*

MAYNZ, § 455. ARNDTS, § 470-472. BRINZ, § 192. KELLER, § 456. KÖPPEN, § 3. PUCHTA, § 449-450. SCHIRMER, § 6. TEWES, § 4. VERING, XVI, p. 467 s. WINDSCHEID, § 530.

1. En règle générale, la mort du *De Cujus* ne rend pas héritier immédiatement celui qu'a désigné le testament ou la loi. La désignation confère seulement la

---

atteinte aussi, en une certaine mesure, par le fidéicommis universel, § 82-83. Il n'y a véritablement exception à la règle qu'en faveur du testament militaire. Le droit canonique a fortement entamé la règle, en faisant prévaloir généralement le point de vue du fidéicommis. Le droit germanique, ne connaissant pas l'unité ni l'universalité du patrimoine, ne pouvait la sanctionner. Elle n'était pas applicable aux pactes successoires, et paraît, en somme, étrangère au droit moderne; elle est inconnue au Code civil, ainsi qu'aux Codes prussien, autrichien, saxon.

[9] *Infra*, 8-31.

faculté de devenir héritier; la succession est offerte, *déférée* à l'appelé; s'il veut l'acquérir, il doit en manifester la volonté, c'est-à-dire *faire addition de l'hérédité*[1]. Par cet acte, il s'engage envers les créanciers du défunt; son obligation de payer les dettes ne lui est donc pas imposée : il l'assume librement[2].

2. Il est toutefois une exception très-importante à la règle générale de l'acquisition par adition. Les personnes sujettes à la puissance immédiate du *De Cujus*, celles, par conséquent, qui deviennent *sui juris* par sa mort, acquièrent la succession de plein droit par le fait même de la délation. Ou plutôt, il n'y a pas de délation dans ce cas, mais acquisition, sur-le-champ, de plein droit[3].

3. La délation de l'hérédité déférée purement et simplement a lieu à la mort du *De Cujus*.

La législation caducaire avait substitué à ce moment, en cas de délation testamentaire, celui de l'ouverture du testament; Justinien a rétabli l'ancien droit[4].

Terentius Clemens, L. 151 *De V. S.* L, 16 : Delata hereditas intelligitur, quam quis possit adeundo consequi.

---

[1] *Infra*, § 43.

[2] *Supra*, § 1, 2. *Infra*, § 45-49. — Le principe romain de la délation et de l'acquisition a été conservé par les Codes autrichien et saxon. Le Code prussien consacre, moins franchement, il est vrai, que le Code civil, le principe germanique : *le mort saisit le vif*. C. c. 724, 1004, 1006. ARNTZ, I, 1266-1272. FŒRSTER, § 268. IV, p. 261-263. UNGER, § 6.

[3] *Infra*, § 23, 28, 29, 41.

[4] *Infra*, § 40, 90.

Paul, L. 11 *De liberis et postumis* XXVIII, 2 : In suis heredibus evidentius apparet continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodam modo domini existimantur. Unde etiam filius familias appellatur sicut pater familias, sola nota hac adjecta, per quam distinguitur genitor ab eo qui genitus sit. Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. Hac ex causa, licet non sint heredes instituti, domini sunt : nec obstat, quod licet eos exheredare, quod et occidere licebat.

Justinien, L. un. § 1 C. *De caducis tollendis* VI, 51 (534) : Cum igitur materiam et exordium caducorum lex Papia ab aditionibus, quæ circa defunctorum hereditates procedebant, sumsit, et ideo non a morte testatoris, sed ab apertura tabularum dies cedere legatorum, senatusconsulta, quæ circa legem Papiam introducta sunt, concesserunt, ut quod in medio deficiat, hoc caducum fiat, primum hoc corrigentes et antiquum statum renovantes sancimus, omnes habere licentiam a morte testatoris adire hereditatem, similique modo legatorum vel fideicommissorum pure vel in diem certam relictorum diem a morte testatoris cedere.

§ 6. — *L'hérédité jacente.*

KOEPPEN, *De natura hereditatis nondum aditæ*. Berlin, 1850. *Die Erbschaft*. Berlin, 1856. Critique par VERING, *Heidelberger Jahrbücher*, 1857. SCHIRMER, *De tribus regulis juris in hereditate jacente observatis*. Breslau, 1852. JHERING, *Die Lehre von der hereditas jacens. Abhandlungen*, III. — MAYNZ, § 493. ARNDTS, § 465. BRINZ, § 154-155. KELLER, § 456, § 533. KÖPPEN, § 2. PUCHTA, § 447. SAVIGNY, *Syst.* II, § 102. SCHIRMER, § 3. VERING III, p, 89-102. TEWES. § 2. VANGEROW, § 394. WINDSCHEID, § 531.

Il peut s'écouler, entre la délation et l'acquisition, un laps de temps plus ou moins considérable, durant

lequel l'hérédité est dite *jacente : hereditas jacet* [1].

L'hérédité jacente n'est autre chose que le patrimoine du défunt, sans maître actuel. Elle ne saurait ni vouloir ni agir, et ne peut, par conséquent, posséder, ni être titulaire d'une servitude personnelle. Des considérations d'utilité l'ont fait traiter à certains points de vue comme une personne (morale). Ainsi, pour les acquisitions qui n'exigent pas un acte de volonté, par accession, croît, fruits, par l'esclave héréditaire, par l'usucapion que le *De Cujus* a commencée, par quasi-contrat, délit et quasi-délit de tiers. On a pu poser la règle : *Hereditas pro domino est.* Mais il ne faut pas prendre cette règle à la lettre ; car il est dit aussi, qu'avant l'adition *res hereditariæ nullius in bonis sunt,* et la conséquence en est qu'il n'y a pas de vol de choses héréditaires avant l'adition [2]. — On dit encore que l'hérédité jacente continue ou représente la personne du défunt : *Hereditas personam defuncti sustinet* [3].

§ 2 J. *De heredibus instituendis* II, 14 : Servus alienus post domini mortem recte heres instituitur, quia et cum hereditariis servis est testamenti factio : nondum enim adita hereditas personæ vicem sustinet, non heredis futuri,

---

[1] Le terme technique d'*hereditas jacens* date des Glossateurs.

[2] Il n'y a pas de vol des choses héréditaires, mais il y a un délit spécial, *crimen expilatæ hereditatis. Infra* § 8.

[3] Controverse assez stérile : l'hérédité jacente est-elle une personne morale ? SAVIGNY, KELLER, M. BRINZ, M. KOEPPEN disent non ; PUCHTA, M. ARNDTS, M. WINDSCHEID et beaucoup d'autres, oui ; avec de nombreuses nuances de part et d'autre.

sed defuncti, cum et ejus, qui in utero est, servus recte heres instituitur.

Gaius, L. 31 § 1 *De H. I.* XXVIII, 5 : Hereditarium servum ante aditam hereditatem ideo placuit heredem institui posse, quia creditum est, hereditatem (dominam esse, *del.* Mommsen) defuncti locum obtinere :

Le même, L. 1 pr. *De D. R.* I, 8 : ... Res hereditariæ, antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt.

Florentin, L. 22 *De fidejussoribus* XLVI, 1 : Mortuo reo promittendi et ante aditam hereditatem fidejussor accipi potest, quia hereditas personæ vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas[4].

Paul, L. 15 pr. *De U. et U.* XLI, 3 : ... Nam hereditatem in quibusdam personæ vice fungi receptum est.

Ulpien, L. 34 *De A. R. D.* XLI, 1 : Hereditas enim non heredis personam, sed defuncti sustinet, ut multis argumentis juris civilis comprobatum est.

Le même, L. 13 § 2 *Ad legem Aquiliam* IX, 2 : Si servus hereditarius occidatur, quæritur, quis Aquilia agat, cum dominus nullus sit hujus servi; et ait Celsus, legem domino damna salva esse voluisse, dominus ergo (*vero?* Mommsen) hereditas habebitur. Quare adita hereditate heres poterit experiri.

Hermogénien, L. 61 *De A. R. D.* XLI, 1 : Hereditas in multis partibus juris pro domino habetur, adeoque hereditati quoque ut domino per servum hereditarium adquiritur. In his sane, in quibus factum personæ operæve substantia desideratur, nihil hereditati quæri per servum potest. Ac propterea quamvis servus hereditarius heres institui possit, tamen quia adire jubentis domini persona desideratur, heres expectandus est. § 1. Ususfructus, qui sine persona constitui non potest, hereditati per servum non adquiritur.

Ulpien, L. 1 § 15 *Si is qui testamento* XLVII, 4 : Scævola

---

[4] KOEPPEN, § 2 cité, p. 223.

ait, possessionis furtum fieri : denique si nullus sit possessor, furtum negat fieri : idcirco autem hereditati furtum non fieri, quia possessionem hereditas non habet, quæ est facti et animi.

Paul, L. 6 § 6 *De actione rerum amotarum* XXV, 2 : ... Rei hereditariæ nondum possessæ non fit furtum. Cf. L. 69-70, *De furtis* XLVII, 2.

Ulpien, L. 20 § 3 *De H. P.* V, 3 : Item non solum ea, quæ mortis tempore fuerunt, sed si qua postea augmenta hereditati accesserunt, venire in hereditatis petitionem; nam hereditas et augmentum recipit et deminutionem... Fructus autem omnes augent hereditatem, sive ante aditam sive post aditam hereditatem accesserint.

Paul, L. 20 § 1 *De negotiis gestis* III, 5 : Qui negotia hereditaria gerit, quodam modo sibi hereditatem, seque ei obligat : ideoque nihil refert an etiam pupillus heres existat, quia id æs alienum cum ceteris hereditariis oneribus ad eum transit.

Papinien, L. 44 § 3 *De U. et U.* XLI, 3 : Nondum aditæ hereditati tempus usucapioni datum est, sive servus hereditarius aliquid comparat sive defunctus usucapere cœperat; sed hæc jure singulari recepta sunt.

Paul, L. 77 *De V. O.* XLV, 1 : Ad diem sub pœna pecunia promissa et ante diem mortuo promissore committetur pœna, licet non sit hereditas ejus adita.

§ 7. — *Continuité et perpétuité de l'hérédité.*

MAYNZ, § 471. KELLER, § 456. PUCHTA, § 450. SCHIRMER, § 3-6. TEWES, § 2, 4, 37.

1. L'acquisition de l'hérédité a effet rétroactif au jour du décès du *De Cujus* [1].

---

[1] Applications : § 18, § 45.

Quelque long qu'ait pu être le laps de temps écoulé depuis la délation, l'héritier qui fait adition est censé avoir succédé sur-le-champ. Il est clair toutefois que cet effet rétroactif ne saurait avoir lieu pour les faits qui supposent la volonté de l'héritier, par exemple pour la possession.

Florentin, L. 54 *De A. vel O. H.* XXIX, 2 : Heres quandoque adeundo hereditatem jam tunc a morte successisse defuncto intellegitur.

Paul, L. 138 pr. *De R. J.* L, 17 : Omnis hereditas, quamvis postea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur.

Celsus, L. 193 même titre : Omnia fere jura heredum perinde habentur, ac si continuo sub tempus mortis heredes exstitissent. Cf. Modestin, L. 194 même titre.

Gaius, L. 28 § 4 *De stipulatione servorum* XLV, 3 : Illud quæsitum est, an heredi futuro servus hereditarius stipulari possit. Proculus negavit, quia is eo tempore extraneus est. Cassius respondit, posse, quia qui postea heres exstiterit, videretur ex mortis tempore defuncto successisse : quæ ratio illo argumento commendatur, quod heredis familia ex mortis tempore funesta facta intellegitur, licet post aliquod tempus heres exstiterit : manifestum igitur est servi stipulationem ei acquiri.

Labéon, L. 20 § 1 *De C. I.* XXVIII, 7 : Si quis hereditarium servum jussus est manumittere et heres esse, quamvis, si manumiserit, nihil agat, tamen heres erit : verum est enim, eum manumisisse : sed post aditionem libertas servo data secundum voluntatem testatoris convalescit.

2. D'autre part, la qualité d'héritier, une fois acquise, ne se perd pas. Elle est inséparable de la personnalité de celui qui l'a acquise ; elle constitue pour lui un

caractère indélébile. Il ne saurait pas plus l'abdiquer qu'il ne saurait abdiquer les autres éléments de sa personnalité, sa qualité de fils d'un tel, par exemple, ou son âge. *Semel heres semper heres*[2]. Il n'y a d'exception à ce principe et au précédent que pour l'héritier du militaire[3].

Ulpien, L. 3 § 2 *De liberis et postumis* XXVIII, 2 : ... « *Quisquis heres mihi erit, filius exheres esto* » : ... ut Julianus scribit, hujusmodi exheredatio vitiosa est, quoniam post aditam hereditatem voluit eum summotum, quod est impossibile.

Le même, L. 3 § 3 *De H. I.* XXVIII, 5 : Qui fideicommissam libertatem sub condicione accepit, potest ab herede pure cum libertate heres institui et non exspectata condicione libertatem et hereditatem consequitur et erit interim necessarius : et (*sed?* Mommsen) existente condicione voluntarius heres efficietur, ut non desinat heres esse, sed ut jus in eo mutetur successionis.

Gaius, L. 89 même titre : Ei qui solvendo non est aliquo casu evenit, ut et servus cum libertate heres existat et præterea alius heres adjiciatur : veluti si servo cum libertate herede instituto ita adjectum sit : « *si mihi Stichus heres erit, tunc Titius quoque heres esto* » : nam Titius, antequam Stichus ex testamento heres exstiterit, heres esse non potest, cum autem semel heres exstiterit servus, non potest adjectus efficere, ut qui semel heres exstitit, desinat heres esse.

Ulpien, L. 7 § 10 *De minoribus* IV, 4 : ... Cum enim pupillus heres non fiat, sed utiles actiones habeat, sine dubio heres manebit, qui semel exstitit.

Le même, L. 1 § 4 *De his quæ in testamento* XXVIII, 4 :

---

[2] Applications : § 18, 37, 43, 44, 82, 83.

[3] Voyez § 18.

Et hereditatis portio adempta vel tota hereditas, si forte sit substitutus, jure (facta, *del.* Favre) videbitur, non quasi adempta, quoniam hereditas semel data facile adimi non potest, sed quasi nec data.

L. 15 § 4 *De testamento militis* XXIX, 1 : Miles et ad tempus heredem facere potest et alium post tempus vel ex condicione vel in condicionem.

§ 8. — *L'usucapion* pro herede.

HUSCHKE, *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* XIV (1848). MAYNZ, § 493. DANZ, § 223. KELLER, *Institutionen*, § 457, § 274. TEWES, § 1. VERING XVI, p. 509-512.

1. Depuis la mort du *De Cujus* jusqu'à l'instant où l'héritier avait pris possession des diverses choses héréditaires, tout citoyen pouvait, selon l'ancien droit, prendre possession de ces choses, et lorsque sa possession avait duré un an, il avait acquis la propriété, à titre d'héritier.

Peu importait que la chose fût meuble ou immeuble. Ce qui était usucapé, c'était le droit même d'hérédité, par rapport à cette chose ; or, ce droit était une *cetera res*, dans le sens de la loi des Douze Tables : *Usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus esto.*

Les conditions ordinairement requises dans l'usucapion, celle du juste titre, celle de la bonne foi, n'étaient pas requises dans cette usucapion *pro herede*. Il fallait toujours, cependant, que la possession fût acquise corporellement à nouveau, par une sorte d'occupation ; un possesseur ou détenteur, par exemple un créancier

gagiste, un précariste, un locataire, commodataire, dépositaire, ne pouvait pas, par sa seule volonté, transformer sa possession ou détention antérieure en une possession qualifiée pour usucaper *pro herede*. Telle est la portée primitive et véritable de la règle : *Nemo sibi causam* (ou *titulum*) *possessionis mutare potest*.

Cette usucapion était évidemment un reste de l'état de choses primitif où la succession universelle n'était pas développée, où notamment le principe de la continuité n'était pas encore reconnu. Lorsqu'il a été reconnu, l'antique usucapion ne fut pas abolie. Gaius en donne le motif utilitaire, et l'indique même comme motif originaire : cette usucapion devait, selon lui, engager l'héritier à faire adition le plus vite possible, dans l'intérêt des *sacra* et dans celui des créanciers. Gaius dit encore que, de son temps, cette vieille institution était devenue odieuse et que l'on cherchait à la restreindre, à la paralyser. En effet, à l'époque classique, en vertu d'un sénatus-consulte rendu sous Hadrien, le préteur donnait un interdit *adipiscendæ possessionis*, l'interdit *Quorum bonorum*, au moyen duquel l'héritier se faisait restituer les choses déjà acquises par l'usucapion [1]; il donnait, dans le même but, la pétition d'hérédité [2].

Enfin, l'empereur Marc-Aurèle créa une accusation

---

[1] *Infra*, § 51.
[2] *Infra*, § 50.

nouvelle, le *crimen expilatæ hereditatis*, et supprima par là, de fait, l'ancienne *usucapio pro herede*.

2. On parle cependant encore d'*usucapio pro herede* dans le droit nouveau. C'est maintenant l'usucapion à titre d'héritier, c'est-à-dire l'usucapion des choses de la succession par celui qui a commencé de posséder de bonne foi, se croyant héritier en vertu d'une erreur excusable.

Tit. D. XLI, 5 *Pro herede vel possessore.*

Tit. D. XLVII, 19. C. IX, 32 *Expilatæ hereditatis.*

Sénèque, *De beneficiis* VI, 5 : Jure consultorum istæ acutæ ineptiæ sunt, qui hereditatem negant usucapi posse, sed ea quæ in hereditate sunt : tamquam quidquam aliud sit hereditas quam ea quæ in hereditate sunt.

Gaius II, 52 : Rursus ex contrario accidit, ut qui sciat alienam rem se possidere, usucapiat, velut si rem hereditariam, cujus possessionem heres nondum nactus est, aliquis possederit; nam ei concessum capere, si modo ea res est, quæ recipit usucapionem. Quæ species possessionis et usucapionis pro herede vocatur. 53. Et in tantum hæc usucapio concessa est, ut et res, quæ solo continentur, anno usucapiantur. 54. Quare autem etiam hoc casu soli rerum annua constituta sit usucapio, illa ratio est, quod olim rerum hereditariarum possessione sicut ipsæ hereditates usucapi credebantur, scilicet anno : lex enim XII tabularum soli quidem res biennio usucapi jussit, ceteras vero anno : ergo hereditas in ceteris rebus videbatur esse, quia soli non est, quia neque corporalis est : quamvis postea creditum sit, ipsas hereditates usucapi non posse, tamen in omnibus rebus hereditariis, etiam quæ solo teneantur, annua usucapio remansit. 55. Quare autem omnino tam improba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri, ut essent, qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa

observatio fuit, et ut creditores haberent, a quo suum consequerentur. 56. Hæc autem species possessionis et usucapionis etiam lucrativa vocatur : nam sciens quisque rem alienam lucrifacit.

57. Sed hoc tempore etiam non est lucrativa : nam ex auctoritate divi Hadriani senatusconsultum factum est, ut tales usucapiones revocarentur ; et ideo potest heres ab eo, qui rem usucepit, hereditatem petendo perinde eam rem consequi, atque si usucapta non esset. 58. Et necessario tamen herede extante ipso jure pro herede usucapi potest.

Marcien, L. 1 *Expilatæ hereditatis* XLVII, 19 : Si quis alienam hereditatem expilaverit, extra ordinem solet coerceri per accusationem expilatæ hereditatis, sicut et oratione D. Marci cavetur.

L. 2 § 1 même titre : Apparet autem expilatæ hereditatis crimen eo casu intendi posse, quo casu furti agi non potest, scilicet ante aditam hereditatem, vel post aditam antequam res ab herede possessæ sunt. Nam in hunc casum furti actionem non competere palam est : quamvis ad exhibendum agi posse, si qui vindicaturus exhiberi desideret, palam sit.

Pomponius, L. 1 *Pro herede* XLI, 5 : Pro herede ex vivi bonis nihil usucapi potest, etiam si possessor mortui rem fuisse existimaverit.

Le même, L. 3, même titre : Plerique putaverunt, si heres sim et putem rem aliquam ex hereditate esse quæ non sit, posse me usucapere.

§ 9. — *La* Bonorum Possessio.

Parmi les nombreux ouvrages qui traitent de la *Bonorum Possessio*, il faut citer avant tout ceux de M. Leist : *Die B. P., ihre geschichtliche Entwickelung und heutige Geltung*. Goettingue, 1844-1848. — Continuation de Glueck, livres XXXVII et XXXVIII. Erlangen, 1870-1875.

Fabricius, *Ursprung und Entwickelung der B. P., bis zum Aufhören des ordo judiciorum privatorum*, dans *Historische Forschungen*. Berlin,

1837. — HINGST, *Commentarius de B. P.* Amsterdam, 1858. — JANSSONIUS, *De origine B. P., ejusque vi in adjuvando, supplendo jure civili.* Groningue, 1859. — FLACH, *La B. P. sous les empereurs romains, depuis le commencement du* IIe *siècle jusqu'à Justinien exclusivement.* Paris, 1870.

MAYNZ, § 443. ARNDTS, § 466-468. BRINZ, § 176. DANZ, § 176. KELLER, § 458. KOEPPEN, p. 22-33. PUCHTA, § 451. SCHIRMER, § 7. TEWES, § 3 (*Dualismus des Roemischen Rechts bei der Erbfolge*). VANGEROW, § 398-403. VERING, p. 429-437. WINDSCHEID, § 532.

1. A côté de la succession civile qui découle de la loi ou du testament, les préteurs ont créé une succession prétorienne, qui porte le nom technique de *Possession des biens, Bonorum Possessio* [1]. En créant ce système et en le développant, ils ont tenu compte des transformations qui s'opéraient dans la famille romaine, laquelle, de purement civile qu'elle était dans l'origine, est devenue naturelle, l'*agnation*, fondée sur le lien exclusivement juridique de la puissance, ayant fait place peu à peu à la *cognation*, parenté fondée sur les liens du sang. Ici comme ailleurs, le droit prétorien a été la vivante expression du sentiment juridique national, *viva vox juris civilis*. Le préteur a commencé par confirmer le droit civil; puis il y a suppléé; enfin il l'a corrigé selon les exigences de l'époque, conformément à l'opinion publique et aux habitudes modifiées de la société [2].

---

[1] L'hérédité et la possession des biens sont, l'une vis-à-vis de l'autre, dans le même rapport que la propriété quiritaire et la bonitaire, le contrat et le pacte.

[2] Papinien, L. 7 § 1 *De justitia et jure* I, 1 : Jus prætorium est quod prætores introduxerunt adjuvandi vel supplendi vel corrigendi juris civilis gratia propter utilitatem publicam.

Voici quels paraissent avoir été le point de départ et la marche de cette œuvre de réforme [3] :

L'Édit fixait un certain délai, durant lequel l'héritier qu'appelait le testament ou la loi avait à déclarer s'il acceptait ou non la succession qui lui était déférée.

Ce délai passé sans déclaration, l'Édit autorisait d'autres personnes à demander la mise en possession des biens héréditaires. Cette mise en possession ne rend pas héritier ; le préteur ne peut pas créer d'héritier ; le testateur seul l'a pu et, à son défaut, la loi. Celui auquel le préteur accorde la possession ne devient point, par là, propriétaire des choses de la succession, ni créancier des débiteurs, ni débiteur des créanciers. Mais il est désormais en condition d'usucaper ; les actions contre les débiteurs lui sont données sous forme d'actions utiles (fictices), et les créanciers de la succession ont des actions utiles (fictices) contre lui. En un mot, ce possesseur est en lieu et place d'héritier, *heredis loco*.

L'héritier civil, premier appelé, n'est point exclu par le fait seul de sa négligence. Il peut intenter la pétition d'hérédité contre le possesseur et, s'il l'emporte dans ce procès, les biens héréditaires lui sont rendus, en tant qu'ils ne sont pas usucapés encore [4].

---

[3] Les témoignages des sources touchant l'origine et la nature primitive de la *Bonorum Possessio* sont peu nombreux et peu concluants. Les amis de l'hypothèse ont pu se donner libre carrière, et ne s'en sont pas privés. De là, une grande diversité d'opinions et des discussions interminables, en grande partie parfaitement oiseuses.

[4] *Infra*, § 50.

En fixant ce délai et en y attachant ces conséquences, le préteur poursuivait un but double :

Il engageait l'héritier appelé à se décider sans retard.

Il procurait à la succession, surtout en vue des créanciers, un administrateur au moins provisoire.

Dans l'origine, il n'accordait cette possession qu'à des héritiers reconnus par le droit civil. Ainsi, à l'héritier légitime, quand l'héritier testamentaire ne se déclarait pas; au substitué, à défaut de l'institué. Il agissait en cela, comme dit Papinien, *adjuvandi juris civilis gratia*. Mais il avait désormais en main le moyen de maintenir le droit de succession *ab intestat* au niveau des exigences sociales.

En effet, on le voit aussi, à défaut d'héritiers civils, donner la possession des biens à des citoyens que la loi n'appelle pas et qui ne peuvent jamais être héritiers légitimes du défunt. Il agit alors *supplendi juris civilis gratia*. Et l'on peut dire, à partir de ce moment, qu'une institution nouvelle est née, qui est une *hérédité prétorienne*.

Le préteur ira plus loin. Ces possesseurs qui ne sont pas héritiers légitimes, il les appellera non-seulement après les héritiers civils, mais à côté d'eux, en concurrence avec eux, et même avant eux. Il les protégera par sa juridiction, il les maintiendra dans leur possession contre la pétition d'hérédité de l'héritier civil. Il arrivera ainsi à corriger le droit civil, si bien que le possesseur des biens finit par devenir le véritable héri-

tier de fait, tandis que l'héritier civil n'a plus, comme tel, qu'un vain titre [5].

2. La possession des biens existait à l'état d'institution développée et réglée, déjà du temps de Cicéron. Née du besoin de procurer au défunt un successeur d'une manière plus régulière que par le fait de l'ancienne et primitive usucapion, et cela sans trop de retard, dans l'intérêt de tous, notamment des créanciers, elle a été, entre les mains des préteurs, un instrument excellent, au moyen duquel ils ont pu accomplir, dans ce domaine des successions universelles à cause de mort, leur mission réformatrice.

Il paraît certain que, dès le principe, la possession des biens avait pour objet non pas les choses héréditaires, corporelles ou incorporelles, comme telles, mais le droit même d'hérédité. Ce mot de *bona* désigne un patrimoine et non des choses (*res*) envisagées isolément.

3. En droit nouveau, la possession des biens a perdu son ancienne importance.

Les principes prétoriens ont pénétré le droit civil, par deux sénatus-consultes et diverses constitutions impériales [6].

On distingue toujours les deux hérédités, la civile et la prétorienne, celle-ci conférée par le magistrat, l'autre acquise par un simple acte de volonté [7]; toutes deux,

---

[5] *Infra*, § 24-31.
[6] *Infra*, § 25-26.
[7] *Infra*, § 43-44.

cependant, sont réunies sous le nom commun de *successio* ou même d'*hereditas* [8].

Ce n'est plus de l'Édit seul que découle la possession des biens; elle peut résulter aussi de la loi, de sénatus-consultes, de constitutions impériales.

Finalement, la différence ne consistait plus guère, à l'avénement de Justinien, que dans le mode d'acquisition. Cette dernière différence supprimée, il ne restait plus qu'un pas à faire pour achever l'évolution, en fondant les deux hérédités en une seule. Justinien ne l'a pas fait [9].

Cicéron, *In Verrem*, II, 1, 44 : Postea quam jus prætorium constitutum est, semper hoc jure usi sumus : *Si tabulæ testamenti non proferrentur, tum, uti quemque potissimum heredem esse oporteret, si intestatus mortuus esset; ita secundum eum possessio daretur*. Quare hoc sit æquissimum, facile est dicere, sed in re tam usitata satis est ostendere, omnes antea jus ita dixisse et hoc vetus edictum translaticiumque esse.

---

[8] *Supra*, § 1.

[9] La pratique et la jurisprudence ont marché plus vite que la législation. L'interprétation du Bréviaire d'Alaric ne connaît plus la *Bonorum Possessio;* la Glose de Turin déclare qu'entre elle et l'hérédité, il n'y a plus aucune différence. Le Brachylogue II, 35, s'exprime en ces termes : Bonorum autem possessio idem est quod hereditas. Et plus loin : De bonorum autem possessione plura dicere necessarium non duximus eo, quod jure civili ex constitutionibus principum omnes cognati succedere possunt.

Les Glossateurs ont rendu la vie pour quelque temps à cette institution, si féconde jadis, alors surannée. Plein d'enthousiasme pour le droit de Justinien, Azon s'écriait : Erubescant qui dicunt, hodie non habere locum bonorum possessionem. Il est permis de dire que le droit moderne ne connaît plus la *Bonorum Possessio*.

Oratoriæ partitiones, 28 : Atque ejus quidem generis finis est æquitas; quæ non simpliciter spectatur, sed ex comparatione nonnumquam : ut cum de verissimo accusatore disceptatur, aut eum hereditatis sine lege aut sine testamento petitur possessio : in quibus causis quod æquius æquissimumve sit, quæritur.

Pro Cluentio 60 : Objectum est, C. Vibium Capacem ab hoc A. Cluentio veneno esse sublatum. Opportune adest homo summa fide et omni virtute præditus, L. Plætorius, senator, qui illius Capacis hospes fuit et familiaris; apud hunc ille Romæ habitavit, apud hunc ægrotavit, hujus domi mortuus est. « At heres est Cluentius. » Intestato dico mortuum, possessionemve ejus bonorum prætoris edicto huic, illius sororis filio, adolescenti pudentissimo et imprimis honesto, equiti Romano, datam, Numerio Cluentio, quem videtis.

Tit. J. *De Bonorum Possessionibus* III, 9 (☞ Gaius III, 32-33) : Jus bonorum possessionis introductum est a prætore emendandi veteris juris gratia. Nec solum in intestatorum hereditatibus vetus jus eo modo prætor emendavit..., sed in eorum quoque, qui testamento facto decesserint. Nam si alienus postumus heres fuerit institutus, quamvis hereditatem jure civili adire non poterat, cum institutio non valebat, honorario tamen jure bonorum possessor efficiebatur, videlicet cum a prætore adjuvabatur. Sed et hic a nostra constitutione hodie recte heres instituitur, quasi et jure civili non incognitus [10]. § 1. Aliquando tamen neque emendandi neque impugnandi veteris juris, sed magis confirmandi gratia pollicetur bonorum possessionem. Nam illis quoque, qui recte facto testamento heredes instituti sunt, dat secundum tabulas bonorum possessionem : item ab intestato suos heredes et agnatos ad bonorum possessionem vocat : sed et remota quoque bonorum possessione ad eos hereditas pertinet jure civili. § 2. Quos autem prætor solus

---

[10] Voyez L. 1 C. *De incertis personis* VI, 48.

vocat ad hereditatem, heredes quidem ipso jure non fiunt (nam prætor heredem facere non potest : per legem enim tantum vel similem juris constitutionem heredes fiunt, veluti per senatus consultum et constitutiones principales) : sed cum eis prætor dat bonorum possessionem, loco heredum constituuntur et vocantur bonorum possessores. Adhuc autem et alios complures gradus prætor fecit in bonorum possessionibus dandis, dum id agebat, ne quis sine successore moriatur : nam angustissimis finibus constitutum per legem duodecim tabularum jus percipiendarum hereditatum prætor ex bono et æquo dilatavit. § 3. Sunt autem bonorum possessiones ex testamento quidem hæ. Prima, quæ præteritis liberis datur vocaturque CONTRA TABULAS [11]. Secunda, quam omnibus jure scriptis heredibus prætor pollicetur ideoque vocatur SECUNDUM TABULAS [12]. Et cum de testamentis prius locutus est, ad INTESTATOS transitum fecit [13]. § 7. Septima eas secuta, quam optima ratione prætores introduxerunt. Novissime enim promittitur edicto his etiam bonorum possessio, quibus ut detur lege vel senatusconsulto vel constitutione comprehensum est, quam neque bonorum possessionibus quæ ab intestato veniunt, neque eis quæ ex testamento sunt, prætor stabili jure connumeravit, sed quasi ultimum et extraordinarium auxilium, prout res exigit, accommodavit scilicet his, qui ex legibus senatusconsultis constitutionibus principum ex novo jure vel ex testamento vel ab intestato veniunt.

Ulpien, L. 1 pr. *Ut ex legibus senatusve consultis B. P. detur* (XXXVIII, 14) : Prætor ait : UTI ME QUAQUE LEGE SENATUS(VE) CONSULTO BONORUM POSSESSIONEM DARE OPORTEBIT, ITA DABO.

Glose des Institutes dite Glose de Turin, 315 : Bonorum possessio est jus persequendi retinendique patrimonii sive

---

[11] *Infra*, § 31.
[12] *Infra*, § 10.
[13] *Infra*, § 24.

rei quæ cujusque dum moritur fuerit; item bonorum possessiones tribus modis introductæ sunt, id est aut emendandi veteris juris gratia aut impugnandi aut conformandi. *Emendandi*, quia lex duodecim tabularum emancipatos inter suos non cognoscit, prætor vero hoc emendans vocat eos unde liberi. *Impugnandi*, quia lex duodecim tabularum eos, qui per femininum sexum descendunt, omnino repellit a successione, prætor autem hoc impugnans vocat eos per unde cognati. *Confirmandi* juris gratia, quotiens eis dat prætor bonorum possessionem qui poterant etiam jure civili tam ex testamento quam ab intestato decedere.

CHAPITRE III.

DÉLATION TESTAMENTAIRE ET DÉLATION AB INTESTAT.

CHAPITRE III.

DÉLATION TESTAMENTAIRE ET DÉLATION AB INTESTAT.

SECTION PREMIÈRE.

DÉLATION TESTAMENTAIRE.

§ 10. — *Les testaments du droit ancien.*

DERNBURG, *Beitraege zur Geschichte der roemischen Testamente*. Bonn, 1821. GANS, *Erbrecht*, II, pages 37 et s. MUENDERLOH, *Aus der Zeit der Quiriten*. Weimar, 1872. MAYNZ, § 449, 464, 465. ARNDTS, § 485-490. BRINZ, § 177-179. DANZ, § 165. KELLER, *Institutionen* § 276-280. *Pandekten*, § 475-480, 499-506. KUNTZE, § 817-826, 131, 977. PUCHTA, *Institutionen*, § 306. *Pandekten*, § 464, 470, 481. TEWES, § 23-34. VANGEROW, § 444-448, 462, 465. VERING, V, p. 121-150. IX, p. 175-237. WINDSCHEID, § 541-545, 568.

1. Anciennement, le patricien testait *calatis comitiis*, c'est-à-dire dans l'assemblée des curies, convoquée *ad hoc* deux fois l'an. Il est permis de voir, dans ce testament, les restes ou le souvenir d'une adrogation de l'héritier par le testateur, ratifiée non-seulement par

les intéressés, agnats et gentils, mais par l'ensemble du peuple [1].

Pour le citoyen sous les armes, l'assemblée nationale était l'armée rangée en bataille ; il testait avant le combat, *in procinctu* [2].

On ignore le détail de ces deux testaments, qui sont antérieurs, sans doute, à la loi des Douze Tables [3].

2. Un moment vint où leur insuffisance, surtout en cas de mort prompte et prématurée, fit adopter un troisième mode, *per aes et libram,* par cuivre et balance.

C'était une mancipation du patrimoine, opérée comme les mancipations ordinaires, par vente simulée, en présence d'au moins cinq citoyens et d'un porte-

---

[1] L'analogie historique est favorable à l'adrogation, intermédiaire naturel entre la famille et l'hérédité testamentaire. Les opinions sont très partagées sur ce point, ainsi que sur le rôle du peuple dans l'assemblée des curies. Le plus vraisemblable, c'est que le peuple était législateur. Voyez, notamment, JHERING, *Esprit du droit romain* I, § 11 b. (§ 13, p. 147-150, dans la traduction de M. de Meulenaere.) — Aulu-Gelle V, 19. 8 : Adrogatio autem dicta, quia genus hoc in alienam familiam transitus per populi rogationem fit. 9. Ejus rogationis verba sunt hæc : Velitis jubeatis uti L. Valerius L. Titio tam jure legeque filius siet, quam si ex eo patre matreque familias ejus natus esset, utique ei vitæ necisque in eum potestas siet, uti patri endo filio est. Hæc ita uti dixi, ita vos Quirites rogo.

[2] Ce testament est-il une loi centuriate ? L'analogie du testament *calatis comitiis* porte à l'affirmative.

[3] L'antiquité du testament romain, que les Douze Tables ont sanctionné, est attestée par diverses traditions ou légendes. Légende d'Acca Larentia : Aulu-Gelle VII, 7. Macrobe I, 10. Testament de Démarate : Tite-Live I, 34. Aristodème héritier des Tarquins : Tite-Live II, 4. — Plutarque, Romulus 5, Coriolan 9, Publicola.

balance. Le mancipant demandait à l'acheteur de réaliser, quand lui, mancipant, serait mort, les legs et autres dispositions secondaires.

L'acheteur, *familiæ emtor*, acquérait par la mancipation le même droit qu'avait l'héritier *secundum legem publicam*, c'est-à-dire l'héritier nommé en comices ou *in procinctu;* pas plus que celui-ci, il ne pouvait exiger la délivrance avant la mort du testateur, lequel d'ailleurs avait toujours la faculté de révoquer [4].

On ignore quand fut introduit ce troisième testament; il peut être antérieur aux Douze Tables, comme la mancipation.

3. La loi proclamait le principe : QUUM NEXUM FACIET MANCIPIUMQUE, UTI LINGUA NUNCUPASSIT, ITA JUS ESTO. La jurisprudence a développé la mancipation du patrimoine de manière à en faire le véritable testament romain, seul usité durant plusieurs siècles.

Afin de rendre possible l'institution d'un absent, on permit de prendre pour *familiæ emtor* un tiers, que le testateur chargeait de transmettre le patrimoine à l'héritier.

Pour sauvegarder le secret des dispositions, on autorisa le remplacement de la déclaration orale par un écrit, que le testateur, après les formalités de la

---

[4] Ici encore, les hypothèses abondent. Rien n'est certain. On peut se demander si l'achat a toujours été de pure forme; si la mancipation n'était pas une convention successoire ou quelque chose qui y ressemblait assez (*supra* § 4); quel droit avait l'acheteur tant que vivait le mancipant; comment celui-ci pouvait révoquer, etc.?

mancipation, montrait fermé au *familiæ emtor*, au porte-balance et aux témoins, en affirmant que cet écrit contenait sa dernière volonté et en les invitant à en témoigner après sa mort. Ces diverses personnes apposaient à l'extérieur de l'écrit leur cachet et leur signature. Il n'était pas besoin du cachet ni de la signature du testateur, non plus que de la date.

Peu importait que le testateur eût écrit de sa propre main ou fait écrire par un autre[5]. Mais un sénatus-consulte Libonien, de l'an 16, complété et développé par un édit de Claude, par d'autres sénatus-consultes et par la jurisprudence, a frappé de nullité toute disposition, institution ou legs, faite en faveur de la personne qui écrit le testament (*testamentarius*), à moins que ce ne fût l'unique héritier *ab intestat* ou que le testateur ne confirmât la disposition expressément.

La mancipation resta toujours l'essentiel, la solennité constitutive du testament. Les tablettes, sans la mancipation, n'étaient d'aucune valeur ni d'aucun effet quelconque.

Tel était encore, à l'époque des jurisconsultes classiques, le testament par écrit, ordinaire et régulier, du droit civil.

L'ancien testament oral, *testamentum nuncupativum*, ne fut pas supprimé; il est resté en usage jusqu'à Théodose II[6].

---

[5] L'écrivain pouvait être n'importe qui. On l'appelait *testamentarius*.

[6] *Infra*, § 11.

Tit. J. *De testamentis ordinandis* II, 10. Tit. D. *Qui testamenta facere possunt et quemadmodum testamenta fiant* XXVIII, 1. Tit. C. *De testamentis et quemadmodum testamenta ordinentur* VI, 23. Tit. D. *De lege Cornelia de falsis et de Senatusconsulto Liboniano* XLVIII, 10. Tit. C. *De his qui sibi adscribunt in testamento* IX, 23.

Ulpien, L. 130 *De V, S.* L, 16 : *Supra*, § 4.

Modestin, L. 1 *Qui testamenta* XXVIII, 1 : Testamentum est voluntatis nostræ justa sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit.

Aulu-Gelle, XV, 27, 3 : Iisdem comitiis quæ *calata* appellari diximus, et sacrorum detestatio et testamenta fieri solebant. Tria enim genera testamentorum fuisse accepimus : unum, quod calatis comitiis in populi contione fieret ; alterum in procinctu, cum viri ad prælium faciendum in aciem vocabantur; tertium per familiæ mancipationem, cui aes et libra adhiberetur.

Gaius II, 101 : Testamentorum autem genera initio duo fuerunt. Nam aut calatis comitiis testamentum faciebant, quæ comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est, quum belli causa arma sumebant ; procinctus est enim expeditus et armatus exercitus ; alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in prælium exituri. 102. Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur. Qui neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is, si subita morte urguebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum mancipio dabat, eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dare vellet ; quod testamentum dicitur per aes et libram ; scilicet quia per mancipationem peragitur. 103. Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt ; hoc vero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est. Sane nunc aliter ordinatur, quam olim solebat ; namque olim familiæ emtor, id est, qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum obtinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet ; nunc vero alius heres testa-

mento instituitur, a quo etiam legata relinquantur, alius dicis gratia propter veteris juris imitationem, familiæ emtor adhibetur. 104. Eaque res ita agitur : Qui facit, adhibitis sicut in ceteris mancipationibus quinque testibus civibus Romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam, in qua re his verbis familiæ emtor utitur : FAMILIAM PECUNIAMQUE TUAM ENDO MANDATELA TUTELA CUSTODELAQUE MEA QUO TU JURE TESTAMENTUM FACERE POSSIS SECUNDUM LEGEM PUBLICAM HOC ÆRE, et ut quidam adjiciunt ÆNEAQUE LIBRA, ESTO MIHI EMTA. Deinde ære percutit libram, idque æs dat testatori, velut pretii loco, deinde testator tabulas testamenti tenens ita dicit : HÆC ITA UT IN HIS TABULIS CERISQUE SCRIPTA SUNT, ITA DO, ITA LEGO, ITA TESTOR, ITAQUE VOS, QUIRITES, TESTIMONIUM MIHI PERHIBITOTE; et hoc dicitur nuncupatio : nuncupare est enim palam nominare; et sane, quæ testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare.

Festus, *Endo procinctu*, in procinctu : significat autem cum ex castris in prælium exitum est, procinctos, quasi præcinctos atque expeditos ; nam apud antiquos togis incincti pugnitasse dicuntur.

§ 1 J. *De testamentis ordinandis.* — Théophile, trad. Reitz, sur ce texte : Et illud calatis comitiis tempore pacis fiebat, bis in anno hunc in modum : præco totam circumibat urbem convocans omnisque populus concurrebat, et qui volebat, teste populo testabatur. Dictum autem est *calatis comitiis* inde : nam *calare* est vocare, comitia vero congregatio : cum ergo vocati convenirent, vocatum est calatis comitiis. At *procinctum* fiebat, quando exituri erant in bellum, nomen accipiens ex habitu, quem habentes testabantur. Procinctus enim dicitur instructus et ad prælium paratus. Nam quia incerta erat spes reditus, prius testati, ita ruebant in bellum.

Atque ipsum per æs et libram paullatim spretum fuit. Quoniam enim familiæ emtor idem erat ac heres, et inde

porro sciens se fore successorem, insidiabatur domino patrimonii : ideo secundum antiquam quidem formam adhibebatur familiæ emtor, qui morituri patrimonium imaginare emebat; sed testator seorsum in tabulis vel in chartis scribebat, quem sibi vellet heredem esse.

Julien, L. 1 *De his quæ pro non scriptis* XXXIV, 8 : Si quis hereditatem vel legatum sibi adscripserit, quæritur, an hereditas vel legatum pro non scripto habeatur. Et quid, si substitutum habeat hujusmodi institutio? Respondit : pars hereditatis, de qua me consuluisti, ad substitutum pertinet : nam senatus, cum pœnas legis Corneliæ constitueret adversus eum, qui sibi hereditatem vel legatum scripsisset, eodem modo improbasse videtur, quo improbatæ sunt illæ : « *Qua ex parte me Titius heredem scriptum in tabulis suis recitaverit, ex ea parte heres esto,* » ut perinde haberetur, ac si insertæ testamento non fuissent [7].

Paul, L. 5, même titre : Quod quis sibi adscripserit, si alii restituere a testatore jussus est, cum onere fideicommissum id apud heredem remanet, quamvis pro non scripto esset. Idem est et in testamento militis.

4. Lorsqu'on lui présentait un testament d'apparence correcte, muni des sept cachets et signatures, et dont aucun motif extérieur ne faisait suspecter l'authenticité, le préteur accordait généralement la possession des biens conforme à ce testament (*bonorum possessio secundum tabulas*) à celui qui s'y trouvait nommé héritier, sans ouvrir d'enquête pour constater si toutes les conditions requises avaient été rigoureusement remplies et si la mancipation et, par conséquent, le testament étaient valables réellement. Si, toutefois, il

---

[7] *Infra*, § 18, 84.

était démontré, dans la suite, que la mancipation n'était pas valable, parce qu'une des conditions prescrites par le droit civil n'avait pas été observée, le possesseur des biens, qui ne l'était qu'en vertu d'un testament nul, se voyait indubitablement évincé, soit par l'héritier *ab intestat*, soit par un héritier testamentaire invoquant en sa faveur un testament irréprochable.

Il n'y a pas eu de changement sur ce second point.

Mais quant au premier, un rescrit de Marc-Aurèle a statué que celui qui est possesseur des biens en vertu d'un testament muni des sept sceaux requis et correct extérieurement, peut repousser l'héritier *ab intestat* par une exception de dol, lors même qu'une des conditions requises par le droit civil n'aurait pas été remplie. On a pu dire, dès lors, qu'il existait un testament par écrit, lequel était suffisant pour exclure l'héritier *ab intestat*, mais ne tenait pas contre un testament civilement parfait. On l'appelle quelquefois le *testament prétorien*.

Un édit d'Hadrien, relatif à l'impôt du vingtième, montre la même tendance à prendre en considération, au moins provisoirement, la forme extérieure du testament, sans rechercher l'existence des conditions requises, non visibles [8].

Gaius II, 118-119 : Prætor tamen si septem signis testium signatum sit testamentum, scriptis heredibus secundum

---

[8] Voyez § 39 et 40. — *Introduction historique au Droit romain*, § 122.

tabulas testamenti bonorum possessionem pollicetur. Si nemo sit, ad quem ab intestato jure legitimo pertineat hereditas, velut frater eodem patre natus aut patruus aut fratris filius, ita poterunt scripti heredes retinere hereditatem : nam idem juris est et si alia ex senatusconsulto causa testamentum non valeat, velut quod familia non venierit, aut nuncupationis verba testator locutus non sit. 120. Sed videamus, an etiamsi frater aut patruus extent, potiores scriptis heredibus habeantur : rescripto enim imperatoris Antonini significatur, eos, qui secundum tabulas testamenti non jure factas bonorum possessionem petierint, posse adversus eos, qui ab intestato vindicant hereditatem, defendere se per exceptionem doli mali. 121. Quod sane quidem ad masculorum testamenta pertinere certum est, item ad feminarum, quæ ideo non utiliter testatæ sunt, quod verbi gratia familiam non vendiderint, aut nuncupationis verba locutæ non sint : an autem et ad ea testamenta feminarum, quæ sine tutoris auctoritate fecerint, hæc constitutio pertineat, videbimus. 122.

Ulpien, XXIII, 6 : Si septem signis testium signatum sit testamentum, licet jure civili ruptum vel irritum factum sit, prætor scriptis heredibus juxta tabulas bonorum possessionem dat, si testator et civis Romanus et suæ potestatis, cum moreretur, fuit; quam bonorum possessionem cum re, id est cum effectu, habent, si nemo alius jure heres sit.

§ 1 J. *De testamentis ordinandis* II, 10 : ... Sed illa quidem priora duo genera testamentorum ex veteribus temporibus in desuetudinem abierunt : quod vero per æs et libram fiebat, licet diutius permansit, attamen partim et hoc in usu esse desiit. § 2. Sed prædicta quidem nomina testamentorum ad jus civile referebantur. Postea vero ex edicto prætoris alia forma facienda testamentorum introducta est : jure enim honorario nulla mancipatio desiderabatur, sed septem testium signa sufficiebant, cum jure civili signa testium non erant necessaria.

Gordien, L. 2 C. *De Bonorum Possessione secundum tabulas* VI, 11 (242) : Bonorum quidem possessionem ex

edicto prætoris non nisi secundum eas tabulas, quæ septem testium signis signatæ sunt, peti posse, in dubium non venit. Verum si eundem numerum adfuisse, sine scriptis testamento condito, doceri potest, jure civili testamentum factum videri ac secundum nuncupationem bonorum possessionem deferri, explorati juris est.

5. Théodose II et Valentinien III ont déclaré valables, même sans témoins, les dernières volontés écrites en entier et signées de la main du testateur : *testanemtum holographum.*

Cette constitution n'a pas été reçue dans la compilation de Justinien [9].

Novelle 20 de Valentinien III, *De testamentis* (446), ch. 2 : ... Illustrem feminam Pelagiam cum Micce illustris femina dictare vellet heredem, sed testium copiam non haberet, per holographam scripturam votum circa prædictam feminam supremæ prodidit voluntatis. Nam, quod solum potuit secretius licere morienti, indicem judicii sui paginam Cæsario viro spectabili, tribuno et notario, fratris sui filio, secura commisit, quem natalium decus et propinquitatis religio fidem cogerent servare defunctæ. Nec sane electionis suæ cura testatricem fefellit. Desideriis amitæ Cæsarius obsecutus chartam fidei suæ creditam juris et conscientiæ memor, eadem, qua sumpserat, simplicitate vulgavit. Sed illustris heres, ab ambitu cupiditatis aliena, nihil de successione præsumpsit, nihil de corporibus hereditariis vindicavit, intra hos modestiæ terminos manens, ut subdito precibus ultimæ voluntatis arbitrio, non prius se putaret heredem, nisi nos causæ justitiam probaremus.

---

[9] Le testament olographe du Code civil paraît être d'origine coutumière. ARNTZ, *Droit civil français*, I, 1960. — Le Code autrichien a aussi le testament olographe. Quelques législations suisses ne l'ont que comme testament irrégulier, valable pour un espace de temps limité.

Recensitis igitur omnibus, defunctæ judicium roboramus, cui, præter filium fratris et literas suas, testes habere non licuit. Idcirco illustris femina Pelagia pro ea parte, qua heres scripta est, defunctæ potietur arbitrio. § 1. Ne tamen hujus statuti salubritatem generi negemus humano, mansura jugiter lege decernimus, ut, quisquis per holographam scripturam supremum maluerit ordinare judicium, habeat liberam facultatem. Multis enim casibus sæpe contingit, ut morientibus testium numerus et copia denegetur. Quibus erit de legibus nostris inter ipsa vitæ deficientis pericula causatio, si propriæ manus literis scribere, quos voluerint, non sinantur heredes. Aliis testes itinerum necessitas, aliis solitudo villarum, aliis navigatio servis tantum comitibus expetita subducit. Aliorum testatas esse prohibent voluntates hi, qui velut obsessos conclavibus suis custodire solent languentes. Nostræ posthac beneficio sanctionis intestatus nemo morietur, cui fuerit sollicitudo testandi, late viam supremis aperimus arbitriis : si holographa manu testamenta condantur, testes necessarios non putamus. Scripto enim taliter sufficiet heredi, asserere etiam sine testibus fidem rerum, dummodo reliqua congruere demonstret, quæ in testamentis debere servari tam veterum principum, quam nostræ præcipiunt sanctiones, ut in hereditariorum corporum possessionem probata scripturæ veritate mittatur. § 2. Cum tamen testium præsentiam testator elegerit, legitimum numerum semper oportebit adhiberi. § 3. Necessitatem quoque præcipitem submovemus, quæ testatores hactenus compulit, sub unius diei spatio supremum, festinato nimis, ordiri et implere judicium.

§ 11. — *Les testaments du droit nouveau.*

Auteurs cités au précédent paragraphe.

1. Par constitution de l'an 439, Théodose II a prescrit pour le testament par écrit la forme suivante :

L'écrit contenant les dernières volontés doit être signé par le testateur et par sept témoins, auxquels le testateur le présente en déclarant que ce sont ses dernières volontés. Ces témoins signent (*subscribunt*) à l'intérieur, sans préjudice du secret, et scellent l'instrument de leurs cachets (*signant*). La date n'est pas nécessaire.

Le testament peut être écrit par n'importe qui. Le sénatus-consulte Libonien reste en vigueur [1].

En outre, Théodose a autorisé expressément le testateur, s'il le préférait, à déclarer ses dernières volontés de vive voix à sept témoins. C'est le testament nuncupatif du droit nouveau.

L'un et l'autre de ces testaments sont qualifiés *testamenta privata solemnia*, c'est-à-dire ordinaires, réguliers. Justinien les a conservés et sanctionnés, tout en déclarant superflue la signature du testateur, si c'est lui-même qui a écrit le testament en entier, de sa propre main [2].

On voit qu'il n'est plus question de mancipation et que l'ancien acquéreur du patrimoine est devenu témoin comme l'ancien porte-balance.

La langue latine, qui était naturellement seule admise jadis, n'a plus ce monopole exclusif.

Les témoins doivent être qualifiés comme il sera dit plus loin [3]. Il faut qu'ils soient convoqués expressé-

---

[1] Voyez au précédent paragraphe, chiffre 3.

[2] Ces testaments sont encore en vigueur dans le droit commun allemand; l'*ordonnance pour le notariat* de 1512 les a sanctionnés avec de légères modifications. Voyez encore, pour le droit actuel, la note 4.

[3] *Infra*, § 15.

ment, *ad hoc rogati*, et qu'ils se trouvent réunis volontairement et simultanément, auprès et en vue du testateur, *in conspectu testatoris*. Le testament doit être fait d'un trait, sans interruption, sauf arrêts accidentels et momentanés. Les diverses conditions requises sur ce point se résument dans la condition générale de l'*unité de l'acte*, laquelle unité se subdivise en *unitas contextus*, *unitas temporis* et *unitas loci*.

§ 3 J. *De testamentis ordinandis* II, 10 : Sed cum paulatim tam ex usu hominum quam ex constitutionum emendationibus cœpit in unam consonantiam jus civile et prætorium jungi, constitutum est, ut uno eodemque tempore, quod jus civile quodam modo exigebat, septem testibus adhibitis et subscriptione testium, quod ex constitutionibus inventum est, et ex edicto prætoris signacula testamentis imponerentur : ut hoc jus tripertitum esse videatur, ut testes quidem et eorum præsentia uno contextu testamenti celebrandi gratia a jure civili descendant, subscriptiones autem testatoris et testium ex sacrarum constitutionum observatione adhibeantur, signacula autem et numerus testium ex edicto prætoris. § 4. Sed his omnibus ex nostra constitutione propter testamentorum sinceritatem, ut nulla fraus adhibeatur, hoc additum est, ut per manum testatoris vel testium nomen heredis exprimatur et omnia secundum illius constitutionis tenorem procedant. § 5. Possunt autem testes omnes et uno anulo signare testamentum (quid enim si septem anuli una sculptura fuerint?) secundum quod Pomponio (Papiniano?) visum est. Sed et alieno quoque anulo licet signare. § 12. Nihil autem interest, testamentum in tabulis an in chartis membranisve vel in alia materia fiat. § 13. Sed et unum testamentum pluribus codicibus conficere quis potest, secundum obtinentem tamen observationem omnibus factis. Quod interdum et necessarium est, si quis navigaturus et secum ferre

et domi relinquere judiciorum suorum contestationem velit, vel propter alias innumerabiles causas, quæ humanis necessitatibus imminent.

§ 14. Sed hæc quidem de testamentis, quæ in scriptis conficiuntur, si quis autem voluerit sine scriptis ordinare jure civili testamentum, septem testibus adhibitis et sua voluntate coram eis nuncupata sciat hoc perfectissimum testamentum jure civili firmumque constitutum.

Théodose et Valentinien, L. 21 C. même titre (439) : Hac consultissima lege sancimus, licere per scripturam conficientibus testamentum, si nullum scire volunt quæ in eo scripta sunt signatam vel ligatam vel tantum clausam involutamque proferre scripturam, vel ipsius testatoris vel cujuslibet alterius manu conscriptam, eamque rogatis testibus, septem numero, civibus romanis puberibus, omnibus simul offerre signandam et subscribendam, dum tamen testibus præsentibus testator suum esse testamentum dixerit, quod offertur, eique ipse coram testibus sua manu in reliqua parte testamenti subscripserit; quo facto, et testibus uno eodemque die ac tempore subscribentibus et consignantibus, testamentum valere, nec ideo infirmari, quod testes nesciant, quæ in eo scripta sunt testamento. § 2. In omnibus autem testamentis, quæ præsentibus vel absentibus testibus dictantur, superfluum est, uno eodemque tempore exigere testatorem et testes adhibere et dictare suum arbitrium et finire testamentum. Sed licet alio tempore dictatum scriptumve proferatur testamentum, sufficiet, uno eodemque die, nullo actu interveniente, testes omnes, videlicet simul nec diversis temporibus subscribere signareque testamentum. Finem autem testamenti subscriptiones et signacula testium esse decernimus. Non subscriptum namque a testibus ac signatum testamentum pro imperfecto haberi convenit.

§ 4. Per nuncupationem quoque, hoc est sine scriptura, testamenta non alias valere sancimus, nisi septem testes, ut supra dictum est, simul uno eodemque tempore collecti, testatoris voluntatem, ut testamentum sine scriptura

facientis, audierint. § 6. Illud etiam hic legi prospeximus inserendum, ut etiam græce omnibus liceat testari.

Justinien, L. 28 même titre (530) : Cum antiquitas testamenta fieri voluit nulla actu interveniente et hujus modi verborum compositio non rite interpretata pæne in perniciem et testantium et testamentorum procederet, sancimus, in tempore quo testamentum conditur, vel codicillus sancitur, vel ultima quædam dispositio secundum pristinam observationem celebratur, — nihil enim ex ea penitus immutandum censemus, — ea quidem, quæ minime necessaria sunt, nullo procedere modo, quippe causa subtilissima proposita, ea, quæ superflua sunt, minime debent intercedere. Si quid autem necessarium venerit et in ipsum corpus laborantis respiciens contigerit, id est vel victus necessarii vel potionis oblatio vel medicaminis datio, vel impositio, quibus relictis ipsa sanitas testatoris periclitetur, vel si quis necessarius naturæ usus ad depositionem superflui ponderis immineat vel testatori vel testibus, non esse ex hac causa testamentum subvertendum, licet morbus comitialis, quod et factum esse comperimus, uni ex testibus contigerit, sed eo, quod urget et imminet, repleto vel deposito, iterum solita per testamenti factionem adimpleri.

Et si quidem a testatore aliquid fiat testibus paulisper separatis, quum coram his facere aliquid naturale testator erubescat, interum introductis testibus consequentia factionis testamenti procedere. Si tamen in quendam vel quosdam testium aliquid tale contingat, si quidem ex brevi temporis intervallo necessitas potest transire, iterum eorundem testium reversum exspectari et solemnia peragi. Sin autem longiore spatio refectio fortuiti casus indigeat et maxime si salus testatoris periclitantis immineat; tunc, illo vel illis testibus, circa quos aliquid tale eveniet, separatis, alios surrogari, et ab eo vel ab eis tam testatorem quam alios testes sciscitari : « *Si ea, quæ eorum præsentiam antecedunt, omnia coram his processissent?* » Et si hoc fuerit undique manifestum, tunc eos vel eum una cum aliis testibus ea quæ oportet facere, etsi in medio subscrip-

tiones testium jam fuerant subsecutæ. Sic enim et naturæ medemur, et mortuorum elogia in suo statu facimus permanere.

§ 1. Cum autem constitutione, quæ de testamentis ordinandis processit, cavetur, quatenus septem testium præsentia in testamentis requiratur, et subscriptio a testatore fiat vel ab alio pro eo, et constitutio sic edixit : *octavo subscriptore adhibito*, et quidam testamentum suum omne manu propria conscripsit, et post ejus literas testes adhibiti suas subscriptiones supposuerunt, aliaque omnia solemniter in testamento peracta sunt, et testamentum ex hoc, de quo dubitabatur, irritum factum est, eandem constitutionem corrigentes sancimus, si quis sua manu totum testamentum vel codicillum conscripserit, et hoc specialiter in scriptura reposuerit, quod hæc sua manu confecit, sufficiat ei totius testamenti scriptura et non alia subscriptio requiratur neque ab eo, neque pro eo ab alio, sed sequantur hujusmodi scripturam et literæ testium et omnis, quæ exspectatur, observatio, et sit testamentum validum, et codicillus, si quinque testium literæ testatoris scripturæ coadunentur, in sua firmitate remaneat, et nemo callidus machinator hujusmodi iniquitatis in posterum inveniatur.

Justinien, L. 26 C. *De testamentis* (528) : In testamentis sine scriptis faciendis omnem formalem observationem penitus amputamus, ut, postquam septem testes convenerint, satis sit, voluntatem testatoris vel testatricis simul omnibus manifestari, significantis ad quos substantiam suam pervenire velit, vel quibus legata dare, vel fidei commissa, vel libertates disponere, etiamsi non ante hujusmodi dispositionem prædixerit testator vel testatrix illa formalia verba : *ideo eosdem testes convenisse, quod sine scriptis suam voluntatem vel testamentum componere censuit.*

Ulpien, L. 21 § 2 *Qui testamenta* : In testamentis, in quibus testes rogati adesse debent, ut testamentum fiat, alterius rei causa forte rogatos ad testandum non esse idoneos placet. Quod sic accipiendum est, ut, licet ad aliam rem sint rogati vel collecti, si tamen ante testimonium

certiorentur, ad testamentum se adesse adhibitos; posse eos testimonium suum recte perhibere. § 3. Uno contextu actus testari oportet. Est autem uno contextu, nullum actum alienum testamento intermiscere; quod (si) aliquid pertinens ad testamentum faciat; testamentum non vitiatur.

Le même, L. 22 § 2, même titre : Si ab ipso testatore annulum accepero et signavero, testamentum valet, quasi alieno signaverim. § 3. Si signa turbata sunt ab ipso testatore, non videtur signatum. § 4. Si quis ex testibus nomen suum non adscripserit, verum tamen signaverit, pro eo est, atque si adhibitus non esset; et si, ut multi faciunt, adscripserit se, non tamen signaverit, adhuc idem dicemus. § 5. Signum autem utrum annulo tantum impressum adhibemus, an vero et si non annulo, verum alio quodam impressum, varie enim homines signant? Et magis est, ut tantum annulo quis possit signare, dum habeat καρακτῆρα (signum). § 6. Posse et nocte signari testamentum, nulla dubitatio est.

Gordien, L. 2 C. *De bonorum possessione secundum tabulas* VI, 11. Voyez § 10.

Dioclétien et Maximien, L. 9 C. *De testamentis* (290) : Si non speciali privilegio patriæ tuæ juris observatio relaxata est, et testes non in conspectu testatoris testimoniorum officio functi sunt, nullo jure testamentum valet.

2. L'usage s'introduisit, à une époque incertaine, probablement sous les empereurs chrétiens, de déclarer (*publicare*) les dernières volontés par-devant une autorité publique, laquelle en dressait procès-verbal. Cette autorité était, dans l'origine, la curie; ce fut ensuite le président de la province, juge ordinaire, d'où le nom de *testament judiciaire*.

Des constitutions permirent de présenter les dernières volontés à l'empereur sous la forme d'une

supplique, qui restait déposée aux archives impériales : *testamentum principi oblatum*.

Ces deux modes sont, comme les deux précédents, en vigueur en droit justinianéen [1].

Honorius et Théodose, L. 19 C. *De testamentis* (413) : Omnium testamentorum solemnitatem superare videtur, quod insertum mera fide precibus inter tot nobiles probatasque personas etiam conscientiam principis tenet. Sicut ergo securus erit, qui actis cujuscumque judicis aut municipum aut auribus privatorum mentis suæ postremum publicavit judicium, ita nec de ejus unquam successione tractabitur, qui nobis mediis et toto jure, quod nostris sit scriniis constitutum, teste succedit. Nec sane illud heredibus nocere permittimus, si rescripta nostra nihil de eadem voluntate responderint. Voluntates enim hominum audire volumus, non jubere, ne post sententiam nostram inhibitum videatur commutationis arbitrium : cum hoc ipsum, quod per supplicationem nostris auribus intimatur, ita demum firmum sit, si ultimum comprobetur, nec contra judicium suum defunctus postea venisse detegitur... Omnibus præstandum esse censemus, ut libero arbitrio, cui testandi facultas suppetit, successorem suum oblatis precibus possit declarare et stabile sciat esse quod fecerit.

---

[1] Le testament public est encore en vigueur dans le droit commun. La seconde des deux formes est peu usitée, et seulement pour les personnes d'un très-haut rang. La première est plus usitée que le testament privé. Une forme nouvelle, le *testamentum judici oblatum*, prédomine en Allemagne. Le Code prussien ne reconnaît comme testaments ordinaires que les testaments publics. (I, tit. 12, § 66-217.) Le Code autrichien admet encore le testament privé, § 577-585, mais simplifié.

Le droit canonique (cap. 10, X. *De testamentis* III, 26) a créé une forme différente, *coram parocho et duobus testibus*, longtemps employée, notamment en France.

Le testament public du Code civil est un testament notarié. Art. 971. ARNDTZ, *Cours de droit civil français* II, 1970.

Novelle 20 de Valentinien III, *De testamentis* (446), chapitre I, § 1 : ... Occasionem novandæ legis amplectimur, salubri definitione censentes, ut, sive inter se conjugum, seu quorumcunque consensus oblatis serenitati nostræ precibus optaverit, morte præventis heredem superstitem fieri oportere personam, hoc ita ratum firmumque permaneat, ut nihil robustius astimetur. § 2. Et in augustam notitiam pervenisse sufficiat, etiam si nullum processerit ex hac parte responsum. Nam cum liceat cunctis jure civili atque prætorio, liceat per nuncupationem, liceat municipalibus gestis judicia suprema componere, procul dubio manebit firmior hæc voluntas, quæ testimonio principis et subscriptione conditoris firmatur, si tamen nullum defuncti posterius exstabit arbitrium.

§ 12. — *Testaments irréguliers et privilégiés.*

Auteurs cités au § 10.

1. Les testaments qui viennent d'être décrits sont les testaments ordinaires du droit nouveau. Il en est d'irréguliers ou extraordinaires. L'irrégularité consiste dans une augmentation ou dans une diminution de formalités. L'augmentation a lieu dans une intention protectrice; la diminution est dictée par des considérations de faveur spéciale ou d'évidente utilité [1].

---

[1] Le droit canonique a ajouté aux espèces privilégiées romaines, le testament fait en faveur de l'Église, *testamentum ad pias causas*, dont l'importance a été considérable au moyen âge. Deux ou trois témoins suffisent, parce qu'il est écrit : In ore duorum vel trium testium stat omne verbum. C. 11, X. *De testamentis* III, 26. (Décrétale d'Alexandre III.)

Le testament dit par les modernes *mystique* n'est pas une espèce particulière de testament; cette dénomination n'a trait qu'à l'institution. *Infra*, § 16, 3.

2. Si le testateur est aveugle, il faut un huitième témoin (*octavus subscriptor*) ou un notaire (*tabularius*). On veut ainsi atténuer le danger de fraude [2].

Constitution de Justin, L. 8 C. *Qui testamenta* VI, 22 (521) :... Sancimus, ut carentes oculis, seu morbo vel ita nati, per nuncupationem suæ condant moderamina voluntatis, præsentibus septem testibus, quos aliis quoque testamentis interesse juris est, tabulario etiam, ut cunctis ibidem collectis, primum ad se convocatos omnes, ut sine scriptis testentur, edoceant; deinde exprimant nomina specialiter heredum, et dignitates singulorum... § 2. Sed quia tabulariorum copia non in omnibus locis datur quærentibus, jubemus, ubi tabularius reperiri non possit, octavum adhiberi testem, ut, quod tabulario pro supradicto modo commisimus, id per octavum testem effectum capiat...

Théodose et Valentinien, L. 21 § 1 C. *De testamentis* (439) : Quod si literas testator ignoret vel subscribere nequeat, octavo subscriptore pro eo adhibito eadem servari decernimus. Cf. L. 28 § 1, même titre. *Supra* § 11.

3. A la campagne, où il peut être difficile de rassembler le nombre voulu de personnes qualifiées, cinq témoins suffisent et ils n'ont pas besoin de signer tous; si même aucun d'eux ne sait écrire, le testateur leur communique le contenu du testament, et ils en devront rendre témoignage sous la foi du serment.

Justinien, L. 31 C. *De testamentis* (534) : ... In illis locis, in quibus raro inveniuntur homines literati, per præsentem legem rusticanis concedimus, antiquam eorum consuetudinem legis vicem obtinere, ita tamen, ut ubi scientes

---

[2] On a étendu à tort cette disposition, reproduite par l'ordonnance de 1512, à l'*analphabète*.

literas inventi fuerint, septem testes, quos ad testimonium vocari necesse est, adhibeantur, et unusquisque pro sua persona subscribat. Ubi autem non inveniuntur literati septem testes, etiam sine scriptura testimonium adhibentes admitti. Sin autem in illo loco minime inventi fuerint septem testes, usque ad quinque modis omnibus testes adhiberi jubemus; minus autem nullo modo concedimus. Si vero unus aut duo, vel plures scierint literas, liceat eis pro ignorantibus literas, præsentibus tamen, subscriptionem suam interponere; sic tamen, ut ipsi testes cognoscant testatoris voluntatem et maxime quem vel quos heredes sibi relinquere voluerit, et hoc post mortem testatoris jurati deponant.

Adde Novelle LXXIII, ch. 9 [3].

4. En temps d'épidémie ou de contagion, la présence des témoins auprès du testateur peut présenter des dangers pour eux; aussi leur permet-on d'assister à distance [4].

Dioclétien et Maximien, L. 8 C. *De testamentis* (290) : Casus majoris ac novi contingentis ratione adversus timorem contagionis, quæ testes deterret, aliquid de jure laxatum est. Non tamen prorsus reliqua etiam testamentorum solemnitas peremta est. Testes enim hujusmodi morbo oppresso eo tempore jungi ac sociari remissum est, non etiam conveniendi numeri eorum observatio sublata.

---

[3] La Novelle LXXIII montre qu'il ne s'agit pas seulement de paysans, mais de tout habitant de la campagne. Cependant, l'ordonnance de 1512 parle de testaments de paysans.

Le Brachylogue II, 19, § 5, accorde aux *rustici* le droit de tester sans forme aucune, qui appartient aux militaires.

[4] On n'est pas d'accord sur la portée exacte de la constitution de Dioclétien. Les Basiliques lui donnent l'interprétation ci-dessus.

5. On a déjà vu que les militaires jouissaient, sous l'empire, de nombreuses facilités et faveurs, tant pour le contenu que pour la déclaration de leurs dernières volontés [5]. Ce droit exceptionnel s'explique, outre la raison politique générale, par la considération que, dans la plupart des cas, il n'est guère possible aux militaires de prendre conseil en temps utile de personnes expérimentées et surtout de jurisconsultes. Aucune formalité quelconque n'est requise pour le testament militaire; il suffit que la volonté soit exprimée avec certitude. Ce privilége appartenait jadis aux soldats, comme tels, mais Justinien l'a limité aux soldats en campagne, auxquels sont assimilés les non-combattants qui sont à l'armée et les matelots des navires de guerre [6].

Tit. J. *De militari testamento* II, 11. — D. XXIX, 1 *De testamento militis.* XXXVII, 13 *De bonorum possessione ex testamento militis.* — C. VI, 21 *De testamento militis.*

Gaius II, 109: Sed hæc diligens observatio in ordinandis testamentis militibus propter nimiam imperitiam constitutionibus principum remissa est: nam quamvis neque legitimum numerum testium adhibuerint, neque vendiderint

---

[5] Voyez § 4, 7.

Le droit spécial des militaires, *jus eminens militum*, dont l'influence a dû s'étendre au moyen âge et aux temps modernes, est traité dans son ensemble par M. Kuntze, § 927-941.

[6] Les législations modernes ont généralement supprimé les priviléges relatifs au contenu du testament, et restreint ceux qui ont trait à la forme. — Le Code civil distingue, en fait de testaments privilégiés, le testament militaire, le testament fait en temps de peste et le testament maritime. Art. 981-998.

familiam, neque mancipaverint testamentum, recte nihilominus testantur. 114.

Ulpien XXIII, 10 : Milites quomodocumque fecerint testamenta, valent, id est etiam sine legitima observatione. Nam principalibus constitutionibus permissum est illis, quomodocumque vellent, quomodocumque possent, testari. Sed quod testamentum miles contra juris regulam fecit, ita demum valet, si vel in castris mortuus sit, vel post missionem intra annum.

Ulpien, L. 1 *De testamento militis* : Militibus liberam testamentifactionem primus quidem divus Julius Cæsar concessit : sed ea concessio temporalis erat. Postea vero primus divus Titus dedit : post hoc Domitianus : postea divus Nerva plenissimam indulgentiam in milites contulit : eamque et Trajanus secutus est et exinde mandatis inseri cœpit caput tale. Caput ex mandatis : « Cum in notitiam meam prolatum sit subinde testamenta a commilitonibus relicta proferri, quæ possint in controversiam deduci, si ad diligentiam legum revocentur et observantiam : secutus animi mei integritudinem (*ægritudinem ?*) erga optimos fidelissimosque commilitones simplicitati eorum consulendum existimavi, ut quoquomodo testati fuissent, rata esset eorum voluntas. Faciant igitur testamenta quomodo volent, faciant quomodo poterint, sufficiatque ad bonorum eorum divisionem faciendam nuda voluntas testatoris. » Cf. L. 24 eod.

Paul, L. 40, même titre : — Lucius Titius miles notario suo testamentum scribendum notis dictavit et antequam literis præscriberetur (*perscriberetur ?*), vita defunctus est : quæro, an hæc dictatio valere possit? — Respondi, militibus, quoquomodo velint et quomodo possint, testamentum facere concessum esse, ita tamen, ut hoc ita subsecutum esse legitimis probationibus ostendatur.

Constantin, L. 15 C. *De testamento militis* (334) : ... Proinde, sicut juris rationibus licuit ac semper licebit, si quid in vagina aut clypeo literis sanguine suo rutilantibus adnotaverint, aut in pulvere inscripserint gladio sub ipso

tempore, quo in prælio vitæ sortem derelinquunt, hujusmodi voluntatem stabilem esse oportet.

Justinien, L. 17, même titre (529) : Ne quidam putarent, in omni tempore licere militibus testamenta, quoquo modo voluerint, componere, sancimus, his solis, qui in expeditionibus occupati sunt, memoratum indulgeri circa ultimas voluntates conficiendas beneficium.

§ 3 J. *De militari testamento :* Sed hactenus hoc illis a principalibus constitutionibus conceditur, quatenus militant et in castris degunt : post missionem vero veterani vel extra castra si faciant adhuc militantes testamentum, communi omnium civium Romanorum jure facere debent. Et quod in castris fecerunt testamentum, non communi jure, sed quomodo voluerint, post missionem intra annum tantum valebit. Quid igitur, si intra annum quidem decesserit, condicio autem heredi adscripta post annum extiterit? An quasi militis testamentum valeat? Et placet valere quasi militis. § 4. Sed et si quis ante militiam non jure fecit testamentum et miles factus et in expeditione degens resignavit illud et quædam adjecit sive detraxit vel alias manifesta est militis voluntas hoc valere volentis, dicendum est valere testamentum quasi ex nova militis voluntate.

Ulpien, L. 44 *De testamento militis :* Rescripta principum ostendunt, omnes omnino qui ejus sunt gradus, ut jure militari testari non possint, si in hostico deprehendantur et illic decedant, quomodo velint et quomodo possint testari, sive præses sit provinciæ, sive quis alius qui jure militari testari non potest.

Le même, L. 44 § 1 *De B. P. ex testamento militis :* Item navarchos et trierarchos classium jure militari posse testari, nulla dubitatio est. In classibus omnes remiges et nautæ milites sunt. Item vigiles milites sunt et jure militari eos testari posse nulla dubitatio est.

6. Les militaires jouissaient encore de ce privilége, que plusieurs pouvaient tester ensemble dans le même

acte et faire ainsi ce que les modernes appellent un testament *simultané;* ce testament simultané pouvait être réciproque, les testateurs s'instituant réciproquement.

Une constitution de Valentinien III reconnaît la validité d'un testament réciproque entre époux [7].

Dioclétien et Maximien, L. 19 C. *De pactis* II, 3 (290) : Licet inter privatos hujusmodi scriptum, quo comprehenditur, ut is, qui supervixerit, alterius rebus potiatur, ne donationis quidem mortis causa gestæ efficaciter speciem ostendat, tamen cum voluntas militum, quæ super ultimo vitæ spiritu deque familiaris rei decreto quoquo modo contemplatione mortis in scripturam deducetur, vim postremi judicii obtineat, proponasque, te ac fratrem tuum, ad discrimen prælii pergentes, ob communem mortis fortunam invicem esse pactos, ut ad eum, qui superstes fuisset, res ejus, cui casus finem vitæ attulisset, pertinerent, existente conditione intelligitur, ex fratris tui judicio, quod principalium constitutionum prompto favore firmatur, etiam rerum ejus compendium ad te delatum esse.

Novelle de Valentinien III, 1. § 3 (446) : Leonius vero et Jucunda uxor ejus tanta vicissim caritate certarunt, ut fusis simul precibus jus poscerent liberorum, et propter incertum sortis humanæ superstitem conjugem precarentur heredem : licet superfluo, illud addentes, ut intestatæ suc-

---

[7] Le droit commun moderne a généralisé le testament simultané et le testament réciproque; il admet même le testament *correspectif*, inconnu à Rome, et qui est, en réalité, un pacte successoire. L'ancien droit français autorisait le testament conjonctif. L'ordonnance de 1735 l'a prohibé, sauf dans deux cas; le Code civil l'a supprimé absolument. Art. 968 : Un testament ne pourra être fait dans le même acte par deux ou plusieurs personnes, soit au profit d'un tiers, soit à titre de disposition réciproque et mutuelle.

cessionis jus ac licentiam sortirentur (cum hoc ipsum, quod serenitati nostræ preces pariter obtulerunt, sit testamenti ordo præcipuus), præterea, sicut supplicationi connexa monstrarunt, quamvis in unius chartæ volumine supremum votis paribus condidere judicium, septem testium subscriptionibus roboratum. Cui nos æternam tribui firmitatem legis hujus definitione censemus, quoniam nec captatorium dici potest, cum duorum fuerit similis effectus et simplex religio testamenta condentium, cunctisque jam liceat, quoquo modo et quibuscumque verbis ultimum dictare judicium, sicut eorum principum statuta declarant, qui removerunt sanctionibus suis meliore prudentia vetusti juris ambages.

7. Lorsqu'un ascendant, homme ou femme, institue ses enfants ou descendants, et personne d'autre, il peut tester sans témoins, pourvu qu'il écrive en entier, signe et date son testament de sa main, qu'il désigne ses héritiers individuellement et qu'il mette les parts en toutes lettres. Ce testament peut contenir des exhérédations, mais non des legs en faveur d'étrangers [8].

Théodose II, L. 21 § 3 C. *De testamentis* (439) : Ex imperfecto autem testamento voluntatem tenere defuncti, nisi inter solos liberos a parentibus utriusque sexus habeatur, non volumus. Si vero in hujusmodi voluntate liberis alia sit extranea mixta persona, certum est, eam voluntatem, quantum ad illam duntaxat permixtam personam, pro nullo haberi, sed liberis accrescere.

Justinien, Novelle CVII *De ultimis voluntatibus inter*

---

[8] Ce testament est encore aujourd'hui en vigueur en droit commun, avec quelques modifications.

liberos confectis, ch. 1 (541) : Quare cum omnia clara et aperta esse velimus (nihil enim adeo proprium est legum, quam claritas, maxime in defunctorum dispositionibus), volumus, ut, si quis literarum peritus inter liberos suos dispositionem facere velit, is primum quidem in ea præscribat tempus, deinde etiam nomina liberorum sua manu (scribat), deinde unciarum definitiones, in quas eos heredes scribit, non signis numerorum indicatas, sed integris literis declaratas, ut omnino manifestæ et indubitatæ sint. Si vero etiam rerum divisionem facere, vel quibusdam rebus certis omnes sive aliquas institutiones concludere velit, illarum quoque notas adscribat, ut ejus ipsius literis omnia declarata sint, nec ullam amplius contentionem literis relinquant. Si tamen uxori vel extraneis quibusdam personis legata vel fideicommissa vel etiam libertates relinquere velit, et illa sua manu scripta sint, atque testatores coram testibus dicant, se omnia in testamento posita scripsisse et valere velle, firma sint, nulloque modo ea de causa infirmentur, quod in chartis scripta videantur, nec reliquas testamentorum solemnitates habeant, sed in eo solum differant, quod dextra et lingua ejus omnem vim chartæ præbuerit.

On nomme *divisio parentis inter liberos* un acte par lequel un ascendant règle le partage de sa succession entre ses descendants succédant *ab intestat*. Il n'y a d'autre condition requise pour cet acte que la signature des parents et de tous les enfants. Ce n'est pas un testament, mais bien un codicille privilégié.

Justinien, Novelle XVIII, ch. 7 (536) : ... Sancimus, ut, si quis velit bona sua inter liberos distribuere, vel omnia, vel etiam præcipua quædam relinquere, illa præcipue si fieri potest, in testamento exprimat, sicque liberis non controversam eorum præbeat utilitatem. Sin vero propter

quasdam necessitates, quarum multæ homines circumdant, id non faciat, ei tamen divisiones rerum earum, quas dividi voluerit, facere, et omnibus vel ipse subscribere, vel ut omnes liberi, inter quos res distribuit, subscribant efficere, atque ita negotio illi indubitatam fidem conciliare licebit. Et quod secundum hanc formam fit, ratum sit atque firmum nec alia cautione egeat.

Novelle CVII, ch. 3 : Quoniam vero scimus, quosdam inter liberos suos divisiones facere, et curare, ut illi his subscribant, hanc etiam formam admittimus. Nam si quis res suas distribuat, liberisque convocatis efficiat, ut divisionibus istis subscribant, et ratas habeant, atque confiteantur, hoc modo illa sese habere, etiam hæc bonorum divisio firma sit secundum constitutionem nostram, quam ea de re fecimus, quamque in omnibus quæ ea continentur, ratam esse etiam hac lege sancimus. Quodsi ipse in divisionibus subscripserit omniaque subscriptione sua manifesta fecerit, etiam hoc ratum sit, quoniam hoc quoque lege nostra continetur. Manifestum vero est, in illis causis hanc legem esse valituram, quas post eam moveri contigerit.

§ 13. — *La* Testamenti factio.

Les mots *testamenti factio* ont plusieurs acceptions différentes.

Dans un sens matériel, on appelle ainsi la confection même du testament.

Dans un sens abstrait, c'est l'ensemble des qualités requises pour pouvoir faire cet acte : *facultas testamenti faciendi ;* une personne a donc la *testamenti factio* si elle est qualifiée pour tester.

C'est enfin, avec une portée plus générale, la capacité de figurer dans la confection d'un testament et

dans un testament, à un titre quelconque, comme testateur, témoin, héritier, légataire, tuteur; en d'autres termes, la *testamenti factio* ainsi comprise n'est autre chose que le *commercium*, au point de vue testamentaire.

Les modernes ont donné le nom de *testamenti factio activa* à celle du testateur, et le nom de *testamenti factio passiva* à celle de l'héritier et du légataire [1].

La *testamenti factio* est de droit public; l'empereur pouvait la suppléer lorsqu'elle faisait défaut.

Cicéron, *Épîtres* VII, 21. (A Trebatius) : ... (Silius), negare aiebat Servium, tabulas testamenti esse eas, quas instituisset is, qui factionem testamenti non habuerit : hoc idem Ofilium dicere : tecum se locutum negabat, meque rogavit, ut se et causam suam tibi commendarem.

Gaius II, 114 : Igitur si quæramus, an valeat testamentum, inprimis advertere debemus, an is, qui id fecerit, habuerit testamenti factionem; deinde, si habuerit, requiremus an secundum juris civilis regulam testatus sit, exceptis militibus, quibus propter nimiam imperitiam, ut diximus, quomodo velint vel quomodo possint permittuntur testamenta facere...

Ulpien XX, 2 : ... Testes, cum quibus testamenti factio est. XXII, 1 : Heredes institui possunt, qui testamentifactionem cum testatore habent. 2. Dediticiorum numero heres institui non potest, quia peregrinus est, cum quo testamentifactio non est.

Paul, L. 21 *De testamentaria tutela* XXVI, 2 : Testamento tutores hi dari possunt, cum quibus testamentifactio est.

---

[1] *Infra*, § 16, 17 et 58; *supra*, § 3.

Papinien, L. 3, même titre : Testamentifactio non privati sed publici juris est.

Paul, L. 43 pr. *De vulgari et pupillari substitutione* XXVIII, 6. (Beneficium principale circa testamentifactionem).

§ 4 J. *De heredum qualitate et differentia* II, 19 : ... Testamenti autem factionem non solum is habere videtur, qui testamentum facere potest, sed etiam qui ex alieno testamento vel ipse capere potest vel alii adquirere, licet non potest facere testamentum.

§ 6 J. *De testamentis ordinandis* II, 10 : Testes autem adhiberi possunt ii, cum quibus testamenti factio est.

Ulpien, L. 16 pr. *Qui testamenta facere possunt* XXVIII, 1 : Filius familias et servus alienus et postumus et surdus testamenti factionem habere dicuntur; licet enim testamentum facere non possunt, attamen ex testamento vel sibi vel aliis adquirere possunt.

§ 14. — *Qui peut tester?*

MAYNZ, § 447, 463. ARNDTS, § 484. BRINZ, § 177. KELLER, § 481-482. PUCHTA, § 462-463. TEWES, § 21. VANGEROW, § 428. VERING, p. 237-249. WINDSCHEID, § 539.

1. Ici comme ailleurs, la capacité est la règle et l'incapacité l'exception. On n'énumérera donc pas les capables, mais les incapables.

Ce sont, en première ligne, ceux qui n'ont pas le *commercium*, soit en général, soit au point de vue spécial du testament : ceux qui ont subi la grande diminution de chef, les pérégrins et, dans l'ancien droit, les affranchis assimilés aux déditices et les Latins Juniens.

On respectait cependant, autant que faire se pouvait, les dernières volontés de l'étranger qui appartenait à un pays déterminé (*certæ civitatis civis*), manifestées conformément au droit de ce pays. D'autre part, le citoyen en mission à l'étranger y pouvait tester valablement dans les formes romaines. Les esclaves étaient naturellement incapables, y compris le citoyen captif chez l'ennemi. Toutefois, en vertu d'un privilége remarquable, l'esclave public, qui appartenait au peuple romain, pouvait disposer de la moitié de son pécule.

Sont incapables, en outre, les personnes qui sont, en général, incapables d'agir : l'impubère; le prodigue interdit; le fou, sauf dans les intervalles lucides; celui qui ne peut exprimer sa volonté d'une manière intelligible ni par la parole, ni par écrit, notamment le sourd-muet de naissance [1].

De même, puisque l'on ne saurait disposer souverainement sans patrimoine, les enfants sous puissance, sauf, en droit impérial, à l'égard du pécule castrense et quasi-castrense.

De même encore, sous les empereurs chrétiens, les religieux qui ont fait vœu de pauvreté.

---

[1] Selon l'ancien droit rigoureux, les muets et les sourds étaient incapables, sauf s'ils étaient militaires. Cette incapacité n'eut plus de raison d'être lorsque la *nuncupatio* ne fut plus obligatoire. Justinien l'a modifiée comme il est dit ci-dessus. L. 10 C. *Qui testamenta* VI, 22. — Le droit commun reconnaît au sourd-muet de naissance la faculté de tester, s'il sait écrire.

Enfin, les personnes qu'à titre de punition la loi a déclarées *intestabiles*. Tels sont les auteurs de libelles diffamatoires et, sous les empereurs chrétiens, les hérétiques ou certains hérétiques [2].

Tit. J. *Quibus non est permissum testamenta facere* II, 12. Tit. D. *Qui testamenta facere possunt et quemadmodum testamenta fiant* XXVIII, 1. Tit. C. *Qui testamenta facere possunt, vel non* II, 22.

Ulpien XX, 14 : Latinus Junianus, item is qui dediticiorum numero est, testamentum facere non potest. Latinus quidem, quoniam nominatim lege Junia prohibitus est; is autem qui dediticiorum numero est, quoniam nec quasi civis Romanus testari potest, cum sit peregrinus, nec quasi peregrinus, quoniam nullius certæ civitatis civis est, ut secundum leges civitatis suæ testetur. § 3 J. *De libertinis* I, 5 : ... Sed dediticiorum quidem pessima conditio jam ex multis temporibus in desuetudinem abiit, Latinorum vero nomen non frequentatur. — L. 1 C. *De dediticia libertate tollenda* VII, 5.

Ulpien, L. 11 *Qui testamenta* : Obsides testari non possunt, nisi eis permittitur.

Marcien, L. 13 pr., même titre : Qui a latronibus capti sunt, cum liberi manent, possunt facere testamentum. § 1. Item qui apud externos legatione funguntur, possunt facere testamentum.

Ulpien XX, 16 : Servus publicus populi Romani pro peculii parte dimidia testamenti faciendi habet jus.

Paul III, 4 A, 8 : Qui ab hostibus captus est, testamentum quasi servus facere non potest. Sane valet testamentum id, quod ante captivitatem factum est, si

---

[2] Le droit canonique ajoute les usuriers, c'est-à-dire tout prêteur à intérêts. Ch. 2 au Sexte, *De usuris* V, 5.

L'*intestabilité* à titre de peine n'est plus de droit commun.

revertatur, jure postliminii : aut si ibidem decedat, beneficio legis Corneliæ, qua lege etiam legitimæ tutelæ hereditatesque firmantur. 9. In insulam relegatus et in opus publicum ad tempus damnatus quia retinet civitatem, testamentum facere potest, et ex testamento capere. Cf. L. 6 § 6-8 *De injusto, rupto, irrito facto testamento* XXVIII, 3. Novelle XXII, chapitre 8.

Gaius, L. 8 *Qui testamenta :* Ejus qui apud hostes est, testamentum, quod ibi fecit, non valet, quamvis redierit. § 1. Si cui aqua et igni interdictum sit, ejus nec illud testamentum valet quod ante fecit nec id quod postea fecerit... § 2. In insulam deportati in eadem causa sunt. § 3. Sed relegati in insulam et quibus terra Italica et sua provincia interdicitur, testamenti faciendi jus retinent. § 4. Hi vero qui ad ferrum aut ad bestias aut in metallum damnantur, libertatem perdunt bonaque eorum publicantur : unde apparet amittere eos testamenti factionem.

Paul, III, 4 A, 1 : Testamentum facere possunt masculi post impletum quartum decimum annum, feminæ post duodecimum... 2. Spadones eo tempore testamentum facere possunt, quo plerique pubescunt, id est anno decimo octavo. 3. Filiusfamilias miles, quive militavit, de castrensi peculio, tam communi quam proprio jure, testamentum facere potest. Castrense autem peculium est, quod in castris adquiritur vel quod proficiscenti ad militiam datur. 4. Cæcus testamentum potest facere, quia accire potest adhibitos testes et audire sibi testimonium perhibentes. 5. Furiosus tempore intermissi furoris testamentum facere potest.

Ulpien XX, 12 : Impubes, licet sui juris sit, facere testamentum non potest, quoniam nondum plenum judicium animi habet. 13. Mutus, surdus, furiosus, itemque prodigus, cui lege bonis interdictum est, testamentum facere non possunt : mutus, quoniam verba nuncupationis loqui non potest; furiosus quoniam mentem non habet, ut testari de ea re possit; prodigus, quoniam commercio illi interdictum est, et ob id familiam mancipare non potest.

11. Qui de statu suo incertus est (factus, *(fac eo?)* quod patre peregre mortuo ignorat, se sui juris esse), testamentum facere non potest.

Aemilius Macer, L. 7 *Qui testamenta* : Si mutus aut surdus, ut liceret sibi testamentum facere, a principe impetraverit, valet testamentum. Paul, L. 10, même titre : Qui manus amisit testamentum facere potest, quamvis scribere non possit.

Ulpien, L. 4 *De testamento militis* XXIX, 1 : Jure militari surdum et mutum testamentum facere posse ante causariam missionem in numeris manentem placet.

Justinien, L. 10 C. *Qui testamenta* (531) : Discretis surdo et muto, quia non semper hujusmodi vitia sibi concurrunt, sancimus, si quis utroque morbo simul laborat, id est, ut neque audire neque loqui possit, et hoc ex ipsa natura habet, neque testamentum facere, neque codicillos ... concedatur ... — § 4 J. *Quibus non est permissum* : Cæcus autem non potest facere testamentum, nisi per observationem, quam lex divi Justini patris mei introduxit. L. 8 C. *Qui testamenta*.

Dioclétien et Maximien, L. 3 C., même titre (294-305) : Senium quidem ætatis vel ægritudinem corporis sinceritatem mentis tenentibus testamenti factionem certum est non auferre.

Ulpien, L. 15 *Qui testamenta* : De statu suo dubitantes vel errantes testamentum facere non possunt, ut divus Pius rescripsit.

Le même, L. 1 pr. *De legatis* 3 XXX : Si incertus quis sit, captivus sit an a latrunculis obsessus, testamentum facere non potest, sed et si sui juris sit ignarus putetque se per errorem, quia a latronibus captus est, servum esse velut hostium, vel legatus (est), qui nihil se a captivo differre putat, non posse fideicommittere certum est, quia nec testari potest, qui, an liceat sibi testari dubitet.

Marcellus, L. 9 *De jure codicillorum* XXIX, 7 : Aristo negavit valere codicillos ab eo factos, qui paterfamilias necne esset, ignorasset. Ulpianus notat : nisi veteranus fuit, tunc enim et testamentum valebit.

Ulpien, L. 11, § 1 *De testamento militis* XXIX, 1 : Si miles incertus, an sui juris sit, testamentum fecerit, in ea condicione est testamentum ejus, ut valeat; nam et si incertus, an pater suus vivat, testamentum fecerit, testamentum ejus valebit.

Ulpien XX, 10 : Filius familiæ testamentum facere non potest, quoniam nihil suum habet, ut testari de eo possit. Sed divus Augustus (*Marcus?*) constituit, ut filius familiæ miles de eo peculio, quod in castris adquisivit, testamentum facere possit.

Pr. J. *Quibus non est permissum :* ... Statim enim hi, qui alieno juri subjecti sunt, testamenti faciendi jus non habent, adeo quidem ut, quamvis parentes eis permiserint, nihilo magis jure testari possint : exceptis his, quos antea enumeravimus et præcipue militibus, qui in potestate parentum sunt, quibus de eo, quod in castris adquisierint, permissum est ex constitutionibus principum testamentum facere. Quod tamen initio tantum militantibus datum est tam ex auctoritate divi Augusti quam Nervæ nec non optimi imperatoris Trajani; postea vero subscriptione divi Hadriani etiam dimissis militia, id est veteranis concessum est. Itaque si quidem fecerint de castrensi peculio testamentum, pertinebit hoc ad eum, quem heredem reliquerint... Præter hos igitur, qui castrense peculium vel quasi castrense habent, si quis alius filiusfamilias testamentum fecerit, inutile est, licet suæ potestatis factus decesserit.

Dioclétien et Maximien, L. 3 § 1 C. *Qui testamenta* (294-305) : Filium autem, qui in potestate est, testamentum facere non posse, indubitati juris est.

Aulu Gelle, XV, 13 : Item ex iisdem Tabulis id quoque est : QUI SE SIERIT TESTARIER, LIBRIPENSVE FUERIT NI TESTIMONIUM FARIATUR, INPROBUS INTESTABILISQUE ESTO.

Gaius, L. 26 *Qui testamenta :* Cum lege quis intestabilis jubetur esse, eo pertinet, ne ejus testimonium recipiatur et eo amplius, ut quidam putant, neve ipsi dicatur testimonium.

Ulpien, L. 18 § 1, même titre : Si quis ob carmen famosum

damnetur, senatusconsulto expressum est, ut intestabilis sit : ergo nec testamentum facere poterit nec ad testamentum adhiberi.

Honorius, Arcadius, Théodose, L. 4 C. *De hæreticis* I, 5 (407) : Manichæos seu Manichæas vel Donatistas meritissima severitate persequimur. Huic itaque hominum generi nihil ex moribus, nihil ex legibus commune sit cum ceteris. § 5. Ergo et suprema illius scriptura irrita sit, sive testamento, sive codicillo, sive epistola, sive quolibet alio genere reliquerit voluntatem, qui Manichæus fuisse convincitur.

2. Les personnes du sexe féminin n'ont jamais pu tester en comices calates, ni *in procinctu*, mais si elles étaient *sui juris* et nubiles, elles testaient au moyen du cuivre et de la balance avec l'autorisation de leurs tuteurs.

La dégénération de la tutelle agnatique amena des restrictions. On alla jusqu'à poser en règle l'incapacité absolue des ingénues soumises à ce genre de tutelle, et celles-ci s'habituèrent, pour s'y soustraire, à des stratagèmes peu dignes. La tutelle des agnats fut abolie sous Claude; les tuteurs datif, optif et prétorien pouvaient être contraints à autoriser; enfin, la tutelle des femmes disparut entièrement et, à partir du IVe siècle, il n'y eut plus aucune différence entre les sexes au point de vue du droit de tester. Tel est l'état de choses consacré dans la législation de Justinien.

Au reste, la faculté de tester avait été accordée avec l'exemption de tutelle, à titre de prime, par la loi *Julia et Papia Poppæa* aux femmes ayant le *jus liberorum*, et les vierges vestales non-seulement étaient exemptes

de tutelle, mais encore elles pouvaient tester avant d'avoir accompli leur douzième année.

Gaius II, 118 : Observandum præterea est, ut si mulier, quæ in tutela sit, faciat testamentum, (*tutore auctore*) facere debeat : alioquin inutiliter jure civili testabitur. 113. Videntur ergo melioris condicionis esse feminæ quam masculi ; nam masculus minor annorum quatuordecim testamentum facere non potest, etiamsi tutore auctore testamentum facere velit ; femina vero potest duodecimum annorum (post duodecimum annum) testamenti faciundi jus nanciscitur. 122. Loquimur autem de his scilicet feminis, quæ non in legitima parentium aut patronorum tutela sunt, sed de his, quæ alterius generis tutores habent, qui etiam inviti coguntur auctores fieri : alioquin parentem et patronum sine auctoritate ejus facto testamento non summoveri, palam est.

Ulpien XX, 15 : Feminæ post duodecimum annum ætatis testamenta facere possunt tutore auctore, donec in tutela sunt.

3. Les conditions de capacité résultant de ce qui précède doivent être réunies, dans la personne de celui qui teste, au moment de la confection du testament. Si, à ce moment, l'une ou l'autre a fait défaut, le testament est nul et cette nullité n'est point effacée *ex post* par la survenance de la condition qui a manqué ; car ce qui est vicieux dès le principe ne saurait prendre force après coup [3].

En règle générale, ces mêmes conditions doivent être réunies encore au moment de la mort du testateur. Seule, la capacité de faire des actes juridiques n'est

---

[3] *Infra*, § 84-87.

plus requise une fois le testament fait; l'incapacité survenante n'invalide pas le testament. Si donc le testateur meurt en état d'interdiction ou de démence, le testament fait antérieurement reste valable, tandis qu'il serait invalidé si le testateur mourait adrogé ou esclave. Cette rigueur a été adoucie en faveur du citoyen mort prisonnier de guerre; on feint qu'il est mort au moment même où il a été pris; il est donc mort capable; son testament subsiste. On attribue cette fiction à une loi *Cornelia* [4].

Modestin, L. 19 *Qui testamenta* : Si filiusfamilias aut pupillus aut servus tabulas testamenti fecerit, signaverit, secundum eas bonorum possessio dari non potest, licet filiusfamilias sui juris, aut pupillus pubes, aut servus liber factus decesserit, quia nullæ sunt tabulæ testamenti, quas is fecit, qui testamenti faciendi facultatem non habuerit.

Ulpien, L. 20 § 4, même titre : ... Testamentum quoque, quod ante furorem consummavit, valebit et bonorum possessio ex eo testamento valebit.

Le même, L. 6 § 2 *De heredibus instituendis* XXVIII, 5 : Solemus dicere, media tempora non nocere, ut puta civis romanus heres scriptus vivo testatore factus peregrinus, mox civitatem romanam pervenit (*recuperavit?*) : media tempora non nocent. Servus alienus sub condicione heres scriptus traditus est servus (*servo?*) hereditario, mox usucaptus ab extraneo : non est vitiata institutio.

§ 4 J. *Quibus modis testamenta infirmentur* II, 17 : Alio quoque modo testamenta jure facta infirmantur, veluti cum is, qui fecerit testamentum, capite deminutus sit.

---

[4] *Introduction historique*, § 49.

Julien, L. 22 pr. *De captivis* XLIX, 15 : Bona eorum, qui in hostium potestatem pervenerint atque ibi decesserint, sive testamenti factionem habuerint sive non habuerint, ad eos pertinent, ad quos pertinerent, si in potestatem hostium non pervenissent : idemque jus in (*et?*) eadem causa omnium rerum jubetur esse lege Cornelia, quæ futura esset, si hi de quorum hereditatibus et tutelis constituebatur, in hostium potestatem non pervenissent.

§ 15. — *Qui peut être témoin ?*

MAYNZ, § 464. ARNDTS, § 486. KELLER, § 484, 476. PUCHTA, § 465. TEWES, § 24. VANGEROW, § 444. VERING, X, p. 295-299. WINDSCHEID, § 542.

1. Les témoins doivent avoir le *commercium* général et être capables d'actes juridiques. Ils n'ont pas besoin d'être capables de propriété; rien n'empêche, par conséquent, un fils de famille d'être témoin. Seulement, il ne peut pas l'être au testament de son père, parce qu'il y a unité de personne, au point de vue économique, entre celui qui a la puissance et celui qui y est soumis; par le même motif, le fils qui teste sur son pécule castrense ou quasi-castrense ne saurait avoir pour témoins ni son père ni son frère sous puissance.

2. Du temps qu'il était *familiæ emtor*, l'héritier ne pouvait évidemment pas figurer comme témoin dans l'acte où il remplissait un rôle principal, non plus que ceux qui étaient liés avec lui par unité de personne. Mais lorsque l'héritier et le *familiæ emtor* furent deux personnes distinctes, l'héritier devint capable et il le resta jusqu'à Justinien, qui le déclara incapable ainsi

que ceux qui ne faisaient qu'une personne avec lui. Le *familiæ emtor* n'a jamais été capable comme tel, mais on a vu que, dans les testaments du droit nouveau, il est devenu témoin. — Les légataires ont été capables de tout temps.

3. Les femmes sont exclues expressément du témoignage testamentaire. Il en est de même des sourds, des muets, des aveugles et des *intestabiles*, lesquels sont déclarés incapables à titre de punition.

Gaius II, 105 : In testibus autem non debet is esse, qui in potestate est aut familiæ emtoris aut ipsius testatoris, quia propter veteris juris imitationem totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur inter familiæ emtorem agi et testatorem, quippe olim, ut proxime diximus, is, qui familiam testatoris mancipio accipiebat, heredis loco erat; itaque reprobatum est in ea re domesticum testimonium. 106. Unde et si is, qui in potestate patris est, familiæ emtor adhibitus sit, pater ejus testis esse non potest; ac ne is quidem, qui in eadem potestate est, velut frater ejus. Sed si filius familias ex castrensi peculio post missionem faciat testamentum, nec pater ejus recte testis adhibetur, nec is qui in potestate patris sit. 107. De libripende eadem, quæ et de testibus, dicta esse intellegemus : nam et is testium numero est. 108. Is vero, qui in potestate heredis aut in legatarii est, cujusve heres ipse aut legatarius in potestate est, quique in ejusdem potestate est, ab eo testis et libripens adhiberi potest, ut ipse quoque heres aut legatarius jure adhibeantur. Sed tamen quod ad heredem pertinet, quique in ejus potestate est, cujusve is in potestate erit, minime hoc jure uti debemus.

Ulpien XX, 3-6. 7 : Mutus, surdus, furiosus, pupillus, femina neque familiæ emtor esse, neque testis libripensve fieri potest. 8. Latinus Junianus et familiæ emtor et testis

et libripens fieri potest, quoniam cum eo testamentifactio est.

§ 6 J. *De testamentis ordinandis* II, 10 : Testes autem adhiberi possunt ii, cum quibus testamenti factio est. Sed neque mulier neque impubes neque servus, neque mutus, neque surdus, neque furiosus, nec cui bonis interdictum est, nec is, quem leges jubent improbum intestabilemque esse, possunt in numero testium adhiberi. § 7. Sed cum aliquis ex testibus testamenti quidem faciendi tempore liber existimabatur, postea vero servus apparuit, tam divus Hadrianus Catonio Vero quam postea divi Severus et Antoninus rescripserunt, subvenire se ex sua liberalitate testamento, ut sic habeatur, atque si ut oportet factum esset, cum eo tempore, quo testamentum signaretur, omnium consensu hic testis liberorum loco fuerit nec quisquam esset, qui ei status quæstionem moveat. — § 8-9. § 10 ... Licet totum jus tale conturbatum fuerat et veteres, qui familiæ emtorem et eos, qui per potestatem ei coadunati fuerant, testamentariis testimoniis repellebant, heredi et his, qui conjuncti ei per potestatem fuerant, concedebant testimonia in testamentis præstare, licet hi, qui id permittebant, hoc jure minime abuti debere eos suadebant : tamen nos eandem observantiam corrigentes et, quod ab illis suasum est, in legis necessitatem transferentes ad imitationem pristini familiæ emtoris merito nec heredi, qui imaginem vetustissimi familiæ emtoris obtinet, nec aliis personis, quæ ei ut dictum est conjunctæ sunt, licentiam concedimus sibi quodam modo testimonia præstare... § 11. Legatariis autem et fideicommissariis, quia non juris successores sunt, et aliis personis eis conjunctis testimonium non denegamus, immo in quadam nostra constitutione et hoc specialiter concessimus...

Celse, L. 27 *Qui testamenta* XXVIII, 1 : Domitius Labeo Celso suo salutem. Quæro, an testium numero habendus sit is, qui, cum rogatus est ad testamentum scribendum, idem quoque cum tabulas scripsisset, signaverit? Juventius Celsus Labeoni suo salutem. Non intelligo, quid sit, de

quo me consulueris, aut valide stulta est consultatio tua : plus enim quam ridiculum est dubitare, an aliquis jure testis adhibitus sit, quoniam idem et tabulas testamenti scripserit.

Ulpien, L. 20 § 6, même titre : Qui testamento heres instituitur, in eodem testamento testis esse non potest. Mulier testimonium dicere in testamento quidem non poterit, alias autem posse testem esse mulierem argumento est lex Julia de adulteriis, quæ adulterii damnatam testem produci vel dicere testimonium vetat.

§ 16. — *Le contenu du testament. — Éléments accidentels. — L'institution, élément essentiel.*

MAYNZ, § 448-466. ARNDTS, § 491-493. BRINZ, § 180-181. KELLER, § 485-492. PUCHTA, § 473-492. TEWES, § 221, 35, 36, 41-21. VANGEROW, § 431-433. VERING, XI, p. 300-321. WINDSCHEID, § 546-548, 449, 551-553.

1. Le testament est la loi du patrimoine.

Il peut contenir des dispositions de diverse nature, concernant les personnes et les choses sur lesquelles s'étend la souveraineté du père de famille : des nominations de tuteur, des affranchissements, des legs. Mais il est une disposition indispensable, que tout testament doit contenir : l'institution d'héritier.

2. L'institution est qualifiée de chef et de fondement du testament entier, *caput et fundamentum totius testamenti*. C'est de cette disposition que dépendent toutes les autres. Si elle n'est pas valable, les autres ne sauraient l'être. De là, dans l'ancien droit, l'obligation de la mettre en tête, à défaut de quoi tout ce qui précédait, sauf l'exhérédation, était nul et non

avenu, *pro non scripto* [1]. On se relâcha de cette rigueur, ainsi que de tant d'autres, sous les empereurs, notamment sous les empereurs chrétiens [2].

Justinien a déclaré l'ordre des dispositions indifférent.

Mais toujours, pour qu'il y ait testament, il faut une institution d'héritier [3].

Tit. J. *De heredibus instituendis* II, 14. Tit. D. *De heredibus instituendis* XXVIII, 5. Tit. C. *De heredibus instituendis et quæ personæ heredes institui non possunt* VI, 24. *De incertis personis* VI, 48.

Gaius II, 229 : Ante heredis institutionem inutiliter legatur, scilicet quia testamenta vim ex institutione heredis accipiunt, et ob id velut caput et fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio.

Ulpien XXIV, 15 : Ante heredis institutionem legari non potest, quoniam vis et potestas testamenti ab heredis institutione incipit.

Le même, L. 1 pr. *De heredibus instituendis :* Qui testatur, ab heredis institutione plerumque debet initium facere testamenti, licet etiam ab exheredatione, quam nominatim facit : nam divus Trajanus rescripsit posse nominatim etiam ante heredis institutionem filium exheredare.

---

[1] Les Proculiens exceptaient aussi la nomination de tuteur, attendu qu'elle n'enlève rien à la succession. Les Sabiniens étaient plus rigoureux.

[2] Exception en faveur du militaire.

[3] Plusieurs législations modernes ont maintenu ce principe. Ainsi, le Code du canton de Vaud. Ainsi encore, le Code prussien et, du moins au point de vue terminologique, le Code autrichien. Le Code civil ne fait plus de différence entre le testament et le codicille. ARNTZ, I, 1948. FOERSTER, § 251. UNGER, § 8 et 56.

Modestin, L. 1 § 3 *De vulgari et pupillari* XXVIII, 6 : ... Sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet.

Justinien, L. 24 C. *De testamentis ordinandis* VI, 23 (528) : Ambiguitates ... resecandas esse censemus, et sive institutio heredum post legatorum dationes scripta sit, vel alia prætermissa sit observatio non ex mente testatoris, sed vitio tabellionis vel alterius, qui testamentum scribit, nulli licentiam concedimus, per eam occasionem testatoris voluntatem subvertere vel minuere.

§ 34 J. *De legatis* II, 20 : ... Hoc vitium emendavimus, ut liceat et ante heredis institutionem et inter medias heredum institutiones legatum relinquere.

3. L'ancien droit exigeait que l'institution eût lieu en termes directs, consacrés, solennels, *certis*, *solennibus verbis*, et sous forme impérative. Le testateur devait ordonner, comme le peuple ordonnait dans les comices.

Ceci a été modifié sous l'empire. En droit nouveau, l'institution doit encore être expresse, mais tous termes sont bons, pourvu qu'il n'y ait aucun doute à l'endroit de la volonté véritable et dernière du testateur, laquelle fait loi.

La personne instituée doit être désignée clairement. Du moment qu'elle l'est, l'omission de son nom, ou même une erreur dans le nom, est sans importance. *Falsa demonstratio non nocet* [4]. Mais une qualification ou démonstration injurieuse, *demonstratio turpis*, peut annuler l'institution [5].

---

[4] MUELLER, *De falsa demonstratione institutioni vel legato adjecta commentarius*. Leipzig, 1861-1865.

[5] Question de fait, comme le montrent les textes.

Nul n'ayant le droit de demander au testateur la raison de ses dernières volontés, on ne peut alléguer, pour les attaquer, le fait qu'il a donné un motif qui n'est pas réel. *Falsa causa non nocet* [6].

Tout ceci, bien entendu, sous réserve de l'application des principes généraux en matière de dol, de contrainte et d'erreur [7].

La désignation de l'héritier ne peut être abandonnée à un tiers [8].

Rien ne s'oppose, en revanche, à ce que le testateur dise dans son testament : « Que celui-là soit mon héritier qui est nommé dans mon codicille, — *cujus nomen codicillis scripsero, ille mihi heres esto.* » On dit alors que l'institution est *mystique;* le testament même qui la contient est appelé *mystique* [9].

---

[6] Cette règle est donnée à propos des legs, mais elle doit s'appliquer également aux institutions. *Infra*, § 60.

[7] Sur l'influence de l'erreur en cette matière, SAVIGNY, *System*, III, 377. D'après l'opinion juste, la contrainte morale, le dol ont pour effet l'indignité du coupable (*infra*, § 91), et la nullité de la disposition ou du testament. Ainsi le Code prussien, IX, titre 12, § 24, 15; titre 4, § 31, 33; le Code autrichien, § 566.

[8] *Infra*, § 17. Celui que le tiers choisira, est une *persona incerta*. Il n'en serait pas ainsi, toutefois, si le tiers devait choisir parmi certaines personnes désignées. — Le pape Innocent III a dit : Qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus c. 13, X *De testamentis* III, 26 (1202). Mais cette décrétale n'a pas la portée qu'on y a voulu voir.

[9] *Supra*, § 12, note 1. Le *testament mystique* du Code civil n'est, au fond, que l'ancien testament solennel du droit écrit, sanctionné par l'ordonnance de 1735. ARNTZ, I, 1796-2014.

Gaius II, 115 : Non tamen ut jure civili valeat testamentum, sufficit ea observatio, quam supra exposuimus de familiæ venditione et de testibus et de nuncupatione; [116] sed ante omnia requirendum est, an institutio heredis solemni more facta sit; nam aliter facta institutione nihil proficit, familiam testatoris ita venire testesque ita adhibere et nuncupare testamentum, ut supra diximus. 117. Sollemnis autem institutio hæc est : TITIUS HERES ESTO; sed et illa jam conprobata videtur : TITIUM HEREDEM ESSE JUBEO; at illa non est conprobata : TITIUM HEREDEM ESSE VOLO; sed et illæ a plerisque inprobatæ sunt : TITIUM HEREDEM INSTITUO; item : HEREDEM FACIO.

Ulpien XXI. *Quemadmodum heres institui debeat :* Illa autem institutio : *Heredem instituo, heredem facio*, plerisque improbata est.

Constantin, Constance, Constant, L. 15 C. *De testamentis ordinandis* VI, 23 (339) : ... Placuit, ... institutioni heredis verborum non esse necessariam observantiam, utrum imperativis et directis verbis fiat, an inflexis.

Théodose et Valentinien, L. 21 § 6, même titre (439) : Illud etiam huic legi prospeximus inserendum, ut etiam Græce omnibus liceat testari. Cf. loi 24 du même titre, *supra* § 16.

Ulpien, L. 19 *De heredibus instituendis :* Ex facto etiam agitatum Pomponius et Arrianus referunt, si quis vacua parte relicta ita instituerit : « *Si mihi suus heres non erit,* » quem non instituerat, « *Sempronius heres esto,* » an hic occupare possit vacantem portionem. Et Pegasus quidem existimat, ad eam partem admitti; Aristo contra putat, quia huic pars esset data, quæ nulla esset. Quam sententiam et Javolenus probat et Pomponius et Arrianus, et hoc jure utimur.

Le même, L. 9 § 8, même titre : Si quis nomen heredis quidem non dixerit, sed indubitabili signo eum demonstraverit, quod pæne nihil a nomine distat, non tamen eo, quod contumeliæ causa solet addi, valet institutio.

Marcien, L. 49 § 1, même titre : Illa institutio valet :

« *Filius meus inpiissimus male de me meritus heres esto;* » pure enim heres instituitur cum maledicto, et omnes hujusmodi institutiones receptæ sunt. § 3. Si in patre, vel patria vel alia simili assumptione falsum scriptum est, dum de eo, qui demonstratus sit, constet, institutio valet.

Florentin, L. 34 pr. *De C. et D.* XXXV, 1 : ... Demonstratio plerumque vice nominis fungitur, nec interest, falsa an vera sit, si certum sit, quem testator demonstraverit.

§ 29 J. *De legatis* II, 20 : Si quid in nomine, cognomine, prænomine legatarii erraverit testator, si de persona constat, nihilominus valet legatum : idem in heredibus servatur et recte : nomina enim significandorum hominum gratia reperta sunt, qui si quolibet alio modo intellegantur, nihil interest. § 30. Huic proxima est illa juris regula, falsa demonstratione legatum non peremi ... § 31. Longe magis legato falsa causa non nocet.

Ulpien, L. 9 pr. *De heredibus instituendis :* Quotiens volens alium heredem scribere, alium scripserit in corpore hominis errans, veluti « *frater meus, patronus meus,* » placet, neque eum heredem esse qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur, neque eum, quem voluit, quoniam scriptus non est.

Le même, L. 2 § 7 *De B. P. secundum tabulas* XXXVII, 11 : ... Nam pro non scripto est, quem scribi noluit.

Africain, L. 14 § 2 *De liberis et postumis* XXVIII, 2 : Si quis ita scripserit : « *ille, quem scio ex me natum non esse, exheres esto;* » hanc exheredationem ita nullius momenti esse ait, si probetur ex eo natus : non enim videri quasi filium exheredatum esse, cum elogium pater, cum filium exheredaret, proposuisset et adjecisset, propter eam causam exheredare, probaturque patrem circa causam exheredationis errasse.

Gordien, L. 4 C. *De heredibus instituendis* (238) : Si pater tuus eum quasi filium suum heredem instituit, quem falsa opinione ductus suum esse credebat, non instituturus, si alienum nosset, isque postea subdititius esse ostensus

est, auferendam ei successionem divi Severi et Antonini placitis continetur.

Gaius, L. 32 pr. *De heredibus instituendis :* Illa institutio : « *Quos Titius voluerit,* » ideo vitiosa est, quod alieno arbitrio permissa est; nam satis constanter veteres decreverunt, testamentorum jura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere.

Ulpien, L. 10 pr. *De condicionibus institutionum* XXVIII, 7 : Institutio talis : « *Si codicillis Seius heredem scripsero, heres esto,* » non est inutilis in quovis herede instituto præter filium : est enim condicionalis institutio, nec videtur hereditas codicillis data, quod interdictum est, verum condicionalis est hæc institutio, quæ testamento data esset. Proinde et si ita scripserit : « *Cujus nomen codicillis scripsero, ille mihi heres esto,* » pari ratione dicendum erit, institutionem valere nullo jure impediente.

Papinien, L. 78 *De heredibus instituendis :* Asse toto non distributo ita scriptum est : « *Quem heredem codicillis fecero, heres esto.* » Filium codicillis heredem instituit. Ejus quidem institutio valet, quod licet codicillis dari hereditas non possit, tamen hæc ex testamento data videtur. Sed hoc (*del.*) tantum ex hereditate habebit, quantum ex asse residuum mansit.

Gaius, L. 7 § 1 *De rebus dubiis* XXXIV, 5 : Cum quidam pluribus heredibus institutis unius fidei commississet, ut, cum moreretur, uni ex coheredibus, cui ipse vellet, restitueret eam partem hereditatis, quæ ad eum pervenisset : verissimum est, utile esse fideicommissum : nec enim in arbitrio ejus, qui rogatus est, positum est, an omnino velit restituere, sed cui potius restituat : plurimum enim interest, utrum in potestate ejus, quem testator obligari cogitat, faciat, si velit dare, an post necessitatem dandi solius distribuendi liberum arbitrium concedat.

4. On peut instituer plusieurs héritiers pour parts égales ou inégales. A défaut de détermination, elles

sont égales. Si la somme des fractions ne correspond pas au total, elles sont rectifiées selon la volonté probable du testateur. Si, parmi les héritiers, il en est dont la part est indiquée, tandis que celles des autres ne le sont pas, ceux-ci se partagent le restant.

§ 4 J. *De heredibus instituendis :* Et unum hominem et plures in infinitum, quot quis velit, heredes facere licet. § 5. Hereditas plerumque dividitur in duodecim uncias etc. (Voyez *supra*, § 1.) § 6. Si plures instituantur, ita demum partium distributio necessaria est, si nolit testator eos ex æquis partibus heredes esse : satis enim constat, nullis partibus nominatis æquis ex partibus eos heredes esse. Partibus autem in quorundam personis expressis, si quis alius sine parte nominatus erit, si quidem aliqua pars assi deerit, ex ea parte heres fit : et si plures sine parte scripti sunt, omnes in eadem parte concurrunt. Si vero totus as completus sit, in partem dimidiam vocatur, et ille vel illi omnes in alteram dimidiam. Nec interest, primus an medius an novissimus sine parte scriptus sit : ea enim pars data intelligitur, quæ vacat. § 7. Videamus, si pars aliqua vacet nec tamen quisquam sine parte heres institutus sit, quid juris sit? veluti si tres ex quartis partibus heredes scripti sunt. Et constat vacantem partem singulis tacite pro hereditaria parte accedere et perinde haberi, ac si ex tertiis partibus heredes scripti essent : et ex diverso si plus in portionibus sit, tacite singulis decrescere, ut, si verbi gratia quattuor ex tertiis partibus heredes scripti sint, perinde habeantur, ac si unusquisque ex quarta parte scriptus fuisset. § 8. Et si plures unciæ quam duodecim distributæ sunt, is, qui sine parte institutus, quod dipondio deest habebit : idemque erit, si dipondius expletus sit. Quæ omnes partes ad assem postea revocantur, quamvis sint plurium unciarum.

Ulpien, L. 9 § 12 *De heredibus instituendis :* Heredes juris successores sunt et, si plures instituantur, dividi

inter eos a testatore jus oportet : quod si non fiat, omnes æqualiter heredes sunt.

Le même, L. 13 § 1, même titre : Paterfamilias distribuere hereditatem in tot partes potest quot voluerit : sed solemnis assis distributio in duodecim uncias fit. § 2. Denique si minus distribuit, potestate juris in hoc revolvitur : ut puta si duos heredes ex quadrante scripserit : nam hereditas ejus (*eis?*) residua accedit, ut ex semissibus videantur scripti. — *Adde* L. 17, même titre.

5. Il résulte de la notion même de la succession universelle que l'institution a lieu pour le tout ou pour une part, mais non pour une chose ni pour une somme. Il se peut cependant que le testateur déclare instituer pour une chose; par exemple « : Que Titius soit mon héritier pour ma maison, ma campagne [10] ».

De bonne heure déjà, la jurisprudence, désireuse de favoriser l'efficacité du testament dans la mesure du possible, considéra l'héritier *ex re certa*, lorsqu'il était seul institué, comme héritier *detracta rei certæ mentione*. De même, dans le cas où il avait des cohéritiers; mais alors il était obligé de restituer toute sa part à titre de fidéicommis universel à ses cohéritiers, et ceux-ci lui restituaient, à leur tour, la chose à titre de fidéicommis particulier [11]. Si tous les héritiers étaient

---

[10] Voyez sur ce point spécial : NEUNER, *Die heredis institutio ex re certa*. Giessen, 1853.— PADELLETTI, *Die Lehre von der Erbeinsetzung ex re certa*. Berlin, 1870; en italien dans l'*Archivio giuuridico* IV.—KUNTZE, *Über die Erbeinsetzung auf bestimmte Nachlassstücke*. Leipzig, 1875. — SCHURING, *Zur Lehre von der Erbeinsetzung ex re certa*. Greifswald, 1875.

[11] *Infra*, § 82-83, 76-79.

institués *ex re certa*, ils succédaient par parts égales.

Justinien a voulu que la restitution de la part de l'institué *ex re certa* à ses cohéritiers fût tenue d'emblée pour faite. L'institué *ex re certa* reste donc, dès le principe, étranger aux actions héréditaires et à l'hérédité ; il reçoit seulement la chose.

L'institution *ex re certa* faite par un militaire est considérée comme une succession à part, valable comme telle.

§ 3 J. *Quibus modis testamenta infirmantur* II, 17 : ... Imperatores Severus et Antoninus Cocceio Campano : Testamentum secundo loco factum, licet in eo certarum rerum heres scriptus sit, jure valere, perinde ac si rerum mentio facta non esset, sed teneri heredem scriptum, ut contentus rebus sibi datis, aut suppleta quarta ex lege Falcidia, hereditatem restituat his, qui in priore testamento scripti fuerant...

Ulpien, L. 1 § 4 *De heredibus instituendis* : Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio detracta fundi mentione.

Le même, L. 9 § 13, même titre : Si duo sint heredes instituti, unus ex parte tertia fundi Corneliani, alter ex besse ejusdem fundi, Celsus expeditissimam Sabini sententiam sequitur, ut detracta fundi mentione quasi sine partibus heredes scripti hereditate potirentur, si modo voluntas patrisfamilias manifestissime non refragatur.

Paul, L. 10, même titre : Si alterius atque alterius fundi pro partibus quis heredes instituerit, perinde habebitur, quasi non adjectis partibus heredes scripti essent : nec enim facile ex diversitate pretium (*pretii partium?*) portiones inveniuntur : ergo expeditius est quod Sabinus scribit, perinde habendum ac si nec fundum nec partes nominasset.

Javolène, L. 11, même titre : « *Attius fundi Corneliani*

heres esto mihi, duo Titii illius insulæ heredis sunto. Habebunt duo Titii semissem, Attius semissem, idque Proculo placet : quid tibi videtur? — Respondit : vera est Proculi opinio.

Papinien, L. 41 § 8 *De vulgari et pupillari* XXVIII, 6 : ... Et qui certæ rei instituitur coherede non dato, bonorum omnium hereditatem obtinet.

Justinien, L. 13 C. *De heredibus instituendis* (529) : Quotiens certi quidem ex certa re scripti sunt heredes, vel certis rebus pro sua institutione contenti esse jussi sunt, quos legatariorum loco haberi certum est, alii vero ex certa parte vel sine parte, qui pro veterum legum tenore ad certam unciarum institutionem referuntur, eos tantum modo omnibus hereditariis actionibus uti vel conveniri decernimus, qui ex certa parte vel sine parte scripti fuerint, nec aliquam deminutionem earundem actionum occasione heredum ex certa re scriptorum fieri.

Gaius, L. 17 *De testamento militis* XXIX, 1 : Si certarum rerum heredes instituerit miles, veluti alium urbanorum prædiorum, alium rusticorum, alium ceterarum rerum, valebit institutio perindeque habebitur, atque si sine partibus heredes eos instituisset resque omnes suas per præceptionem cuique legando distribuisset. § 1. Julianus etiam ait, si quis alium castrensium rerum, alium ceterarum scripsisset, quasi duorum hominum duas hereditates intellegi, ut etiam in æs alienum, quod in castris contractum esset, solus is teneatur, qui castrensium rerum heres institutus esset, extra castra contracto ære alieno is solus obligetur, qui ceterarum rerum heres scriptus esset. Cui scilicet conveniens videtur respondisse, ut ex quaqua causa debeatur militi, vel huic heredi vel illi ipso jure debeatur. Quodsi alterutra pars bonorum æri alieno, quod ex ea causa pendebit, non sufficiat et propter hoc is qui ex ea parte heres institutus est non adierit, alterum qui adisset compellendum esse aut defendere totam hereditatem aut totam (*totum?*) creditoribus solvere.

§ 17. — *Qui peut être institué ?*

MAYNZ, § 467. ARNDTS, § 492. BRINZ, § 117. KELLER, § 483. PUCHTA, § 471. TEWES, § 22-35. VANGERROW, § 429. VERING, p. 269-273. WINDSCHEID, § 549.

1. Pour pouvoir être institué, il faut, avant tout, avoir la *testamenti factio* dans l'acception la plus étendue ; les pérégrins, les affranchis assimilés aux déditices sont exclus.

Mais il n'est point nécessaire, en droit classique et nouveau, d'avoir la capacité d'action, puisque l'héritier ne joue plus de rôle actif dans le testament.

La capacité patrimoniale n'est pas requise non plus. L'enfant de famille acquiert à celui sous la puissance duquel il se trouve et l'esclave acquiert à son maître, pourvu naturellement que le père ou maître ait la *testamenti factio*.

Le testateur peut instituer son propre esclave en l'affranchissant. En droit nouveau, cet affranchissement se présume.

Ulpien XXII. *Qui heredes institui possunt* : 1. Heredes institui possunt, qui testamenti factionem cum testatore habent. 2. Dediticiorum numero heres institui non potest, quia peregrinus est, cum quo testamenti factio non est. 3. (*Latinus Junianus heres institui postest, et*) si quidem mortis testatoris tempore vel intra diem cretionis civis Romanus sit, heres esse potest ; quod si Latinus manserit, lege Junia capere hereditatem prohibetur. Idem juris est in persona cælibis propter legem Juliam. 7. Servos heredes instituere possumus, nostros cum libertate, alienos sine libertate, communes cum libertate et sine libertate. 8. Eum

servum, qui tantum in bonis noster est, nec cum libertate heredem instituere possumus, quia Latinitatem consequitur, quod non proficit ad hereditatem capiendam. 9. Alienos servos heredes instituere possumus eos tantum, quorum cum dominis testamenti factionem habemus. 10. Communis servus cum libertate recte quidem heres instituitur quasi proprius pro parte nostra; sine libertate autem quasi alienus propter socii partem. 11. Proprius servus cum libertate heres institutus si quidem in eadem causa permanserit, ex testamento liber et heres fit, id est necessarius; (12) quod si ab ipso testatore vivente manumissus vel alienatus sit, suo arbitrio vel jussu emtoris hereditatem adire potest. Sed si sine libertate sit institutus, omnino non consistit institutio. 13. Alienus servus heres institutus si quidem in ea causa permanserit, jussu domini debet hereditatem adire; quod si vivo testatore manumissus aut alienatus a domino fuerit, aut suo arbitrio aut jussu emtoris poterit adire hereditatem. Gaius II, 185-190.

Pr. J. *De heredibus instituendis :* Heredes instituere permissum est tam liberos homines quam servos tam proprios quam alienos. Proprios autem olim quidem secundum plurium sententias non aliter quam cum libertate recte instituere licebat. Hodie vero etiam sine libertate ex nostra constitutione heredes eos instituere permissum est. Quod non per innovationem induximus, sed quoniam et æquius erat et Atilicino placuisse Paulus suis libris, quos tam ad Masurium Sabinum quam ad Plautium scripsit, refert. Proprius autem servus etiam is intelligitur, in quo nudam proprietatem testator habet, alio usumfructum habente... — § 1. § 2. Servus alienus post domini mortem recte heres instituitur, quia et cum hereditariis servis est testamenti factio : nondum enim adita hereditas personæ vicem sustinet, non heredis futuri, sed et defuncti, cum et ejus, qui in utero est, servus recte heres instituitur. § 3. Servus plurium cum quibus testamentifactio est, ab extraneo institutus heres unicuique dominorum, cujus jussu adierit, pro portione dominii adquirit hereditatem. § 12. Hi, quos num-

quam testator vidit, heredes institui possunt, veluti si fratris filios peregri natos ignorans qui essent heredes instituerit : ignorantia enim testantis inutilem institutionem non facit.

2. On ne pouvait instituer, dans le principe, qu'une personne physique, ayant son existence et sa personnalité déterminées et de laquelle le testateur se rendait un compte exact. Les jurisconsultes romains expriment cela en disant qu'on ne peut pas instituer une *incerta persona*. Le droit nouveau est, aussi sur ce point, beaucoup moins rigoureux que le droit classique. Justinien a rendu, au sujet des *incertæ personæ*, une constitution qui est perdue et dont le contenu n'est connu qu'imparfaitement [1].

Les personnes morales ne pouvaient, en général, pas être instituées. Cependant, les municipes pouvaient être institués par leurs affranchis, et il fut permis d'instituer aussi les *civitates*, certaines corporations, certains dieux et leurs temples. Les empereurs chrétiens ont accordé cet avantage, dans une mesure toujours plus large, à l'Église, aux communautés religieuses, aux fondations pies, enfin aux villes en

---

[1] Je ne pense pas qu'on doive dire, d'une manière générale et absolue, qu'en droit nouveau l'institution de *personæ incertæ* est admise. Il faut toujours que l'individualité de l'institué soit déterminée, ou, du moins, susceptible d'être déterminée par l'arrivée d'un événement prescrit par la dernière volonté même. Tel est bien le cas dans l'exemple donné par Ulpien : *Quisquis primum ad funus meum venerit, heres esto.* Cette institution est valable en droit nouveau. Les questions de forme et de désignation se mêlent ici aux questions de fond. Voyez *supra*, § 16, note 8.

général. Les autres corporations n'ont jamais pu être instituées qu'en vertu de priviléges spéciaux [2].

Une personne qui n'est pas née encore lors de la confection du testament n'est pas déterminée et ne peut l'être. Le posthume était *incerta persona*, et, comme tel, il ne devait pas être institué. Ce principe, observé d'abord strictement, a été modifié peu à peu et finalement abrogé.

Ce développement a été opéré, par le droit civil même, pour le *postumus suus*; il en sera traité plus loin [3]. Les autres posthumes, *postumi alieni*, sont restés exclus selon le droit civil jusqu'à Justinien. Mais le préteur leur accordait la *bonorum possessio secundum tabulas* [4].

---

[2] Aujourd'hui, la capacité des personnes morales reconnues comme telles est la règle.

La rigueur du droit n'admet pas l'institution d'une personne morale ou fondation non encore existante, à créer par l'acte même de dernière volonté; une institution de ce genre, dans le testament Staedel, à Francfort, a donné lieu à une cause célèbre et naissance à de nombreuses dissertations. — Mais la jurisprudence moderne est favorable, avec raison, au maintien, dans la mesure du possible, de toute dernière volonté utile et honorable; malgré la forme incorrecte choisie par le testateur. Le droit autrichien paraît d'accord, sur ce point, avec le droit prussien et le droit français, selon l'opinion juste, qui était celle de l'ancienne jurisprudence française. Voyez Arntz, I, 1737. Foerster, § 251. Unger, § 14. — Bien entendu, sous réserve des dispositions législatives spéciales touchant les personnes morales. Code civil 910.

On sait le développement qu'ont pris, au moyen âge, les institutions et legs en faveur des fondations pies.

[3] *Infra*, § 30.

[4] Cette *bonorum possessio* s'accordait à toutes les personnes conçues et non encore nées lors de la confection du testament; c'est à tort qu'on a voulu la limiter aux descendants du testateur.

Pline, *Épitres* V, 7 : Nec heredem institui nec præcipere posse rem publicam, constat.

Ulpien, XXII, 4 : Incerta persona heres institui non potest, velut hoc modo : « *Quisquis primus ad funus meum venerit, heres esto* ; » quoniam certum consilium debet esse testantis. 5. Nec municipium, nec municipes heredes institui possunt, quoniam incertum corpus est, et neque cernere universi, neque pro herede gerere possunt, ut heredes fiant. Senatusconsulto tamen concessum est, ut a libertis suis heredes institui possint... 6. Deos heredes instituere non possumus præter eos, quos senatusconsultis constitutionibusve principum instituere concessum est, sicuti Jovem Tarpeium, Apollinem Didymæum Mileti, Martem in Gallia, Minervam Iliensem, Herculem Gaditanum, Dianam Ephesiam, Matrem Deorum Sipylenem, quæ Smyrnæ colitur, et Caelestem Selenen deam Carthaginis. 19. Eos, qui in utero sunt, si nati sui heredes nobis futuri sint, possumus instituere heredes : si quidem post mortem nostram nascantur, ex jure civili ; si vero viventibus nobis, ex lege Junia.

Gaius II, 238, 241, 242 : Ac ne heres quidem potest institui postumus alienus : est enim incerta persona.

§ 25 *J. De legatis* II, 20 : Incertis vero personis neque legata neque fideicommissa olim relinqui concessum erat : nam nec miles quidem incertæ personæ poterat relinquere, ut divus Hadrianus rescripsit. Incerta autem persona videbatur, quam incerta opinione animo suo testator subjiciebat, veluti si quis ita dicat : « *Quicumque filio meo in matrimonium filiam suam collocaverit...* » Illud quoque, quod his relinquebatur, qui post testamentum scriptum primi consules designati erunt, æque incertæ personæ legari videbatur : et denique multæ aliæ hujusmodi species sunt... Sub certa vero demonstratione, id est ex certis personis incertæ personæ recte legabatur, veluti : « *Ex cognatis meis, qui nunc sunt, si quis filiam meam uxorem duxerit...* » § 26. Postumo quoque alieno inutiliter legabatur : est autem alienus postumus, qui natus inter

suos heredes testatoris futurus non est... § 27. Sed nec hujusmodi species penitus est sine justa emendatione derelicta, cum in nostro codice constitutio posita est, per quam et huic parti medevimus non solum in hereditatibus, sed etiam in legatis et in fideicommissis : quod evidenter ex ipsius constitutionis lectione clarescit... § 28. Postumus alienus heres institui et antea poterat et nunc potest, nisi in utero ejus sit quæ jure nostra uxor esse non potest. Pr. J. *De B. P.* III, 9 : ... Hic (alienus postumus) e nostra constitutione hodie recte heres instituitur, quasi et jure civili non incognitus.

Constitution perdue de Justinien *De incertis personis* VI, 48 ... Peut-être partie de la L. 26 C. *De sacrosanctis ecclesiis* de l'an 530. I, 2. — Photius, *Nomocanon* II, 1 (dans Voël et Justel II, p. 889) : ... Valere, quod relinquitur licito collegio aut corpori, ut puta senatoribus, vel curiæ, vel apparitioni præsidis, vel medicis, vel professoribus, vel advocatis, vel militibus, vel artificibus, vel sacerdotibus, vel cuipiam alii... Et in calce ejusdem constitutionis hoc legitur, quod, si quid præsens aut annuum relictum sit pietatis causa aut ecclesiis, aut xenonibus, aut ptochiis, aut venerabilibus domibus, aut communi clero, aut ad captivorum redemptionem, aut ipsis pauperibus aut captivis, valet defuncti voluntas. — Pseudo-Balsamon, *Collectio constitutionum ecclesiasticarum*, parat. I, 2 (p. 1251) : Capite octavo dicit constitutio, posse aliquem legatum ecclesiis relinquere, et hereditatem. *Adde :* Tipucitus (Heimbach, Basil. IV, p. 437 et suivantes).

Justinien, L. 26 pr. C. *De sacrosanctis ecclesiis :* ... Sancimus : Si quis dominum nostrum Jesum Christum scripsit heredem..., manifeste videri ipsius civitatis vel castelli vel agri in quo erat defunctus, ecclesiam sanctissimam institutam esse heredem, et hereditatem peti debere per Dei amantissimos ejus œconomos... Eaque deferantur sanctissimis ecclesiis, ut ad pauperum alimoniam proficiant.

3. Nous ignorons si très anciennement les femmes pouvaient hériter comme les hommes[5]. Quoi qu'il en soit, la loi des Douze Tables ne paraît avoir apporté aucune restriction quelconque à leur institution. Mais une loi d'un caractère politique prononcé, la loi *Voconia*, de l'an 169 avant notre ère, interdit aux citoyens classés dans la première classe du cens, d'instituer des femmes. Une seule exception était admise en faveur des vestales. L'institution faite en contravention à la loi est nulle[6].

La loi *Voconia* n'a pas été abrogée expressément, mais elle est tombée en désuétude sous l'empire, par suite de la disparition du cens et de l'avénement de principes différents en matière de capacité (loi *Julia* et *Papia*), et aussi par l'effet des fidéicommis[7]. En droit nouveau, il n'y a plus, à ce point de vue, de différence entre les sexes.

Cicéron, *In Verrem* II, 1. 41 : ... Sanxit in posterum, qui post eos censores census esset, ne quis heredem virginem neve mulierem faceret. (Pseudo-Asconius : Voconius legem tulerat, ne quis census, hoc est pecuniosus, heredem relinqueret filiam.) — In Verrem II,43 : Pecuniosa mulier, quod censa non erat, testamento fecit heredem filiam.

---

[5] N'ayant point part aux comices, elles ne pouvaient probablement pas être instituées *in comitiis calatis*.

[6] *Introduction historique au droit romain*, § 49. KELLER, *Grundriss der Rechtsgeschichte*, § 85. BACHOFEN, *Die Lex Voconia* (1843). VANGEROW, *Die Lex Voconia* (1863). JANNET, *Étude sur la loi Voconia*, 1867. — Caton l'Ancien fut *suasor* de cette loi, que l'on représente comme une loi somptuaire indirecte. Il est permis d'y voir aussi une manifestation de l'égoïsme des agnats.

[7] *Infra*, § 76-79, 82-83.

De Republica III, 10 : ... Quæ quidem ipsa lex utilitatis virorum gratia rogata in mulieres plena est injuria. Cur enim pecuniam non habeat mulier? Cur virgini vestali sit heres, non sit matri suæ? Cur autem, si pecuniæ modus statuendus sit feminis, P. Crassi filia potest habere, si unica patri esset, æris millies, salva lege; mea tricies non potest?

Aulu Gelle VI (VII), 13 : *Classici* dicebantur non omnes, qui in quinque classibus erant, sed primæ tantum classis homines qui CXXV millia æris ampliusve censi erant. *Infra classem* autem appellabantur secundæ classis ceterarumque omnium classium, qui minore summa æris, quod supra dixi, censebantur. Hoc eo strictim notavi, quoniam in M. Catonis oratione, qua Voconiam legem suasit, quæri solet, quid sit *classicus*, quid *infra classem*. — XX, 1, 23 : Quid salubrius visum est rogatione illa Stolonis jugerum de numero præfinito? Quid utilius plebiscito Voconio, de coërcendis mulierum hereditatibus? Quid tam necessarium existimatum est propulsandæ civium luxuriæ, quam lex Licinia et Fannia aliæque item leges sumptuariæ? Omnia tamen hæc obliterata et operta sunt civitatis opulentia quasi quibusdam fluctibus exæstuantis.

Gaius II, 274 : Item mulier, quæ ab eo, qui centum millia æris census est, per legem Voconiam heredis institutione non potest, tamen fideicommisso relictam sibi hereditatem capere potest. — Cf. Dion Cassius LVI, 10.

Augustin, *De civitate Dei* III, 21 : Lex Voconia, ne quis heredem feminam faceret, nec unicam filiam.

§ 18. — *Restrictions et modalités de l'institution.*

MAYNZ, § 471. ARNDTS, § 495. BRINZ, § 181-185. KELLER, § 491. PUCHTA, § 457. TEWES, § 35, 37-40. VANGEROW, § 434-438. VERING, p. 321-337. WINDSCHEID, § 554-556.

1. Certaines institutions sont prohibées pour immoralité. Ainsi, celle d'un posthume à naître de personnes

entre lesquelles le mariage est prohibé; ainsi encore, celle de l'empereur, faite pour nuire à une partie adverse ou pour rendre inefficace un motif d'invalidation du testament.

D'autres restrictions sont motivées par un mariage antérieur du testateur. Sont ainsi restreintes, l'institution du conjoint, lorsque le testateur a des enfants d'un autre lit, et l'institution de la concubine et des enfants naturels de la part d'un testateur qui a des descendants légitimes.

Tit. D. *De C. et D.* XXXVI, 1. C. VI, 44-46. Titres cités au § 16.

§ 28 J. *De legatis* II, 20. Voyez § 17.

Paul, L. 92 *De heredibus instituendis* : Imperatorem litis causa heredem instituere, invidiosum est, nec calumnia (*calumniandi?*) facultatem ex principali majestate capi oportet.

Pr. J. *De heredibus instituendis* : ... Est autem casus in quo nec cum libertate utiliter servus a domina heres instituitur, ut constitutione divorum Severi et Antonini cavetur, cujus verba hæc sunt : *Servum adulterio maculatum non jure testamento manumissum ante sententiam ab ea muliere videri, quæ rea fuerat ejusdem criminis postulata, rationis est : quare sequitur, ut in eundem a domina collata institutio nullius momenti habeatur.*

§ ult. J. *Quibus modis testamenta infirmantur* II, 17 : ... Oratione expressit (divus Pertinax) non admissurum se hereditatem ejus qui litis causa principem heredem reliquerit, neque tabulas non legitime factas, in quibus ipse ob eam causam heres institutus erat, probaturum, neque ex nuda voce heredis nomen admissurum, neque ex ulla scriptura, cui juris auctoritas desit, aliquid adepturum. Secundum hæc divi ouoque Severus et Antoninus sæpissime rescripserunt : *licet enim*, inquiunt, *legibus soluti sumus, attamen legibus vivimus.*

2. L'hérédité étant perpétuelle et continue, l'institution ne peut être limitée par une condition résolutoire, ni par un terme initial ou final; condition et termes sont nuls et non avenus.[1] Cette règle souffre exception en faveur du militaire.

3. Rien n'empêche, en revanche, d'instituer sous condition suspensive[1]. Tant que la condition est en suspens, l'institution l'est aussi; si la condition fait défaut, l'institution est non existante; si la condition s'accomplit, l'institution sortit son effet, et alors, en vertu du principe de la continuité, l'héritier est considéré comme ayant succédé au moment même de la mort du testateur [2].

Le terme initial incertain est condition.

Si la condition est accomplie avant la mort du testateur, l'institution se trouve être pure et simple; si la condition a fait défaut avant la mort du testateur, il n'y a point d'institution [3].

Pour que, par l'accomplissement de la condition, l'institué devienne héritier, il faut qu'à ce moment il soit en vie. S'il était mort, l'institution ne profiterait point à son héritier, car la faculté de faire adition est personnelle. Il résulte de là que l'institution faite sous

---

[1] Il ne faut pas confondre ce cas avec celui du *fidéicommis* universel, laissé *ex die*. *Infra*, § 60, 82, 83.

[2] *Supra*, § 7.

[3] Quand la condition potestative doit-elle être accomplie? Cela dépend, avant tout, de la volonté du testateur. L. 19 pr., L. 101 *De C. et D.* : *In condicionibus testamentorum voluntatem potius quam verba considerari oportet.*

une condition négative et potestative dans la personne de l'institué ne pourrait, dans le principe, jamais avoir d'effet; on lui donna effet par la caution mucienne, dont il sera question à propos des legs [4].

L'institution n'est conditionnelle que lorsque son existence est réellement rendue dépendante de l'accomplissement de la condition, par la volonté du testateur. Sinon, elle est pure et simple, malgré la forme conditionnelle; ainsi, dans le cas de condition tacite, comme est la condition *si volet* mise à l'institution d'un héritier volontaire, tandis que, mise à l'institution d'un héritier nécessaire, cette clause est une véritable condition qui a pour effet d'autoriser un refus.

La condition impossible, physiquement ou juridiquement, est nulle et non avenue, *pro non scripta habetur;* l'institution est pure et simple. Tel était l'avis des Sabiniens, que Justinien a sanctionné. Les Proculiens, au contraire, déclaraient nulle l'institution faite sous condition impossible, comme l'est, de l'avis de tous, la convention faite sous condition impossible [5].

---

[4] *Infra*, § 60. C'est à propos des legs que Mucius Scévola a proposé la caution à laquelle son nom est resté attaché.

[5] Le motif des Sabiniens, c'était sans doute que la volonté unilatérale exprimée devait être réalisée. Erreur : la volonté subordonnée sciemment à une condition impossible n'est pas une volonté. Gaius, Sabinien lui-même, reconnaît la faiblesse du motif. Plusieurs législations modernes sont revenues, avec raison, à la doctrine des Proculiens; ainsi, le Code prussien, I, 4 § 133-136. 12 § 504-506, et le Code autrichien, § 698-897. Le Code Napoléon (art. 900) est resté conforme au droit de Justinien. UNGER, § 16, note 9. FŒRSTER, § 250. ARNTZ, I, 1709-1713.

Les conditions immorales et illicites, *turpes*, sont assimilées, en général, aux impossibles. Cette assimilation n'est cependant pas absolue. Le point de vue dominant, ici comme dans les conventions, c'est que l'on ne doit pas encourager l'immoralité et la désobéissance aux lois [6].

Sauf cette réserve, la volonté du testateur, exprimée ou reconnue, doit être suivie autant que possible : *In condicionibus primum locum voluntas defuncti obtinet; eaque regit condiciones.*

Cf. Glose de Turin n° 394 (écrite probablement entre 543 et 546). Ad § 11 J. *De inutilibus stipulationibus* III, 19. V° *Impossibilis* : « Impossibilis recte. In legatis impossibilis condicio pro supervacua habetur et legatum tamquam pure factum solvitur, quia legatum ex sola voluntate testatoris descendit et non videtur illudere voluisse eum, cui nulla necessitate compulsus aliquid donat. In stipulatione vero merito impossibilis condicio promissionem infirmat, quia ipse videtur illudere, qui in stipulando pro se minus est cautus.

---

[6] Quelles conditions sont immorales ou illicites? La réponse varie à l'infini, avec les lois et les mœurs. La condition du célibat était mal vue et facilement tenue pour immorale dans le bon vieux temps de la République; elle a été illicite depuis la loi *Julia et Papia Poppæa*.

La loi *Julia et Papia* interdisait également la condition de viduité, qui est autorisée dans le dernier état du droit de Justinien. L. 22, 62 § 2, 63-64, 72 § 5 *De C. et D.* L. 2 et 3 C. *De indicta viduitate* VI, 40 (530). *Novelle* XXII, ch. 43, 44.

La *condicio jurisjurandi*, c'est-à-dire de la promesse sous serment d'exécuter un mode, était nulle en vertu de l'Édit. L. 8 pr. § 4-6 *De condicionibus institutionum.*

Tit. D. *De condicionibus institutionum* XXVIII, 7. *De condicionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum quæ in testamento scribuntur* XXXV, 1.

Tit. C. *De institutionibus et substitutionibus et restitutionibus sub condicione factis* VI, 25. *De condicionibus insertis tam legatis quam fideicommissis et libertatibus* VI, 46.

§ 9 J. *De heredibus instituendis* II, 14 : Heres et pure et sub condicione institui potest. Ex certo tempore aut ad certum tempus non potest, veluti : *post quinquennium quam moriar*, vel *ex kalendis illis*, aut *usque at kalendas illas heres esto* : diemque adjectum pro supervacuo haberi placet et perinde esse, ac si pure heres institutus esset. § 10. Impossibilis condicio in institutionibus et legatis nec non in fideicommissis et libertatibus pro non scripto habetur. § 11. Si plures condiciones institutioni adscriptæ sunt, si quidem conjunctim, ut puta *si illud et illud factum erit*, omnibus parendum est : si separatim, veluti *si illud aut illud factum erit*, cuilibet obtemperare satis est.

Papinien, L. 34 *De heredibus instituendis* XXVIII, 5 : Hereditas ex die vel ad diem non recte datur, sed vitio temporis sublato manet institutio.

Gaius, L. 89, même titre : ... Cum autem semel heres extiterit servus, non potest adjectus efficere, ut, qui semel heres extitit, desinat heres esse.

Ulpien, L. 7 § 10 *De minoribus* VI, 4 : ... Cum enim pupillus heres non fiat, sed utiles actiones habeat, sine dubio heres manebit qui semel extitit.

Le même, L. 15 § 4 *De testamento militis* XXIX, 1 : Miles et ad tempus heredem facere potest et alium post tempus vel ex condicione vel in condicionem.

Le même, L. 5, même titre : Milites etiam his, qui heredes extiterunt, possunt substituere in his duntaxat, quae sunt ex testamento eorum consecuti.

Tryphonien, L. 41 pr. même titre : Miles ita heredem scribere potest : *Quoad vivit, Titius heres esto, post mortem ejus Septicius.*

Ulpien, L. 19 pr. *De C. et D.* : In condicionibus primum locum voluntas defuncti obtinet, eaque regit condiciones.

Papinien, L. 99, même titre : Condiciones extrinsecus, non ex testamento, venientes, id est, quæ tacite inesse videantur, non faciunt legata condicionalia.

Gaius, L. 107, même titre : Aliquando accidit, ut sub condicione datum legatum purum intellegatur, veluti quod sub eadem condicione relictum est, sub qua etiam heres alius institutus est, item quod sub hac condicione relictum est : *Si hereditatem adierit.* Ex diverso quoque purum datum legatum condicionale videtur, veluti quod sub condicione ademptum est, quia sub contraria condicione datum intellegitur.

Hermogénien, L. 12 *De condicionibus institutionum* : *Publius Mævius, si volet, heres esto,* in necessario condicionem faciunt, ut, si nolit, heres non existat. Nam in voluntaria heredis persona frustra adduntur, cum etsi non fuerint addita, invitus non efficitur heres.

Pomponius, L. 22 § 1 *Quando dies legatorum* XXXVI, 2 : Quædam autem condiciones etiam supervacuæ sunt, veluti si ita scribat : *Titius heres esto. Si Titius hereditatem meam adierit, Mævio decem dato.* Nam pro non scripto ea condicio erit, ut omnimodo ad heredem Mævii legatum transeat, etiamsi Mævius ante aditam hereditatem decesserit...

Gaius, L. 65 § 1 *De legatis* 1 (XXX) : *Illi, si volet, Stichum do* : condicionale est legatum et non aliter ad heredem transit, quam si legatarius voluerit, quamvis alias, quod sine adjectione SI VOLET legatum sit, ad heredem legatarii transmittitur : aliud est enim juris, si quid tacite contineatur, aliud, si verbis exprimatur.

Ulpien, L. 3 § 13 *De bonis libertorum* XXXVIII, 2 : Si tamen in præteritum collata sit condicio vel ad præsens, non videtur sub condicione institutus; aut enim impleta est et pure institutus est, aut non est et nec heres institutus est.

Le même, L. 10 § 1 *De C. et D.* : Si sic legatum sit : *si navis ex Asia venerit,* et ignorante testatore navis

venerit testamenti facti tempore, dicendum, pro impleta haberi. Et si cui sic legatum est : *Cum pubes erit*, simili modo hoc erit dicendum.

Ulpien, L. 51 § 1 *De heredibus instituendis* XXVIII, 5 : Si in non faciendo impossibilis condicio (*in*) institutione heredis sit expressa, secundum omnium sententiam heres erit, perinde ac si pure institutus esset.

Gaius III, 98 : Item, si quis sub ea condicione stipuletur, quæ existere non potest, velut : *Si digito coelum tetigerit*, inutilis est stipulatio. Sed legatum sub impossibili condicione relictum nostri præceptores proinde deberi putant, ac si sine condicione relictum esset. Diversæ scolæ auctores non minus legatum inutile existimant, quam stipulationem, et sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest.

Ulpien, L. 1 *De condicionibus institutionum* : Sub impossibili condicione vel alio mendo factam institutionem placet non vitiari.

Le même, L. 6, même titre : Si quis ita institutus sit, si monumentum post mortem testatoris in triduo proximo mortis ejus fecisset : cum monumentum in triduo perfici non possit, dicendum erit, condicionem evanescere quasi impossibilem.

Le même, L. 3 *De C. et D.* : Obtinuit, impossibiles condiciones testamento adscriptas pro nullis habendas.

Marcien, L. 16 *De condicionibus institutionum* : *Si Titius heres erit, Seius heres esto; si Seius heres erit, Titius heres esto;* Julianus inutilem esse institutionem scribit, cum condicio existere non possit.

Mécien, L. 31 *De O. et A.* XLIV, 7 : Non solum stipulationes impossibili condicioni adplicatæ nullius momenti sunt, sed etiam ceteri quoque contractus, veluti emptiones, locationes, impossibili condicione interposita æque nullius momenti sunt, quia in ea re, quæ ex duorum pluriumve consensu agitur, omnium voluntas spectetur, quorum procul dubio in hujusmodi actu talis cogitatio est, ut nihil agi existiment adposita ea condicione quam sciant esse impossibilem.

Paul, L. 9 *De condicionibus institutionum* : Condiciones quæ contra bonos mores inseruntur, remittendæ sunt, veluti : *Si ab hostibus patrem suum non redemerit, si parentibus suis alimenta non præstiterit.*

Marcien, L. 14, même titre : Condiciones contra edicta imperatorum aut contra leges aut quæ legis vicem obtinent scriptæ vel quæ contra bonos mores, vel derisoriæ sunt aut hujusmodi quas prætores improbaverunt, pro non scriptis habentur, et perinde, ac si condicio hereditati sive legato adjecta non esset, capitur hereditas legatumve.

4. Un sénatus-consulte contre la captation, du Ier ou du IIe siècle, a déclaré nulle l'institution captatoire, c'est-à-dire l'institution faite sous la condition que l'institué instituera, à son tour, le testateur ou telle autre personne déterminée, ou que telle autre personne instituera le testateur ou lui fera un legs.

Il n'y a nullité qu'en tant qu'il y a réellement et effectivement captation.

Il n'y a aucun motif pour déclarer nulle la disposition (improprement dite) captée.

Julien, L. 1 *De his quæ pro non scriptis habentur* XXXIV, 8 : ... Improbatæ sunt (*institutiones*) illæ : *Qua ex parte me Titius heredem scriptum in tabulis suis recitaverit, ex ea parte heres esto*, ut perinde haberetur, ac si insertæ testamento non fuissent.

Papinien, L. 71 *De heredibus instituendis* XXVIII, 5 : Captatorias institutiones, non eas senatus improbavit, quæ mutuis affectionibus judicia provocaverunt, sed quarum condicio confertur ad secretum alienæ voluntatis.

Paul, L. 72, même titre : Illæ autem institutiones captatoriæ non sunt, veluti si ita heredem quis instituat : *Qua ex parte Titius me heredem instituit, ex ea parte Mævius heres esto*, quia in præteritum, non in futurum

institutio collata est. § 1. Sed illud quæri potest, an idem servandum sit quod senatus censuit, etiamsi in aliam personam captionem direxerit, veluti si ita scripserit : *Titius, si Mævium tabulis testamenti sui heredem a se scriptum ostenderit probaveritque, heres esto*, quod in sententiam senatusconsulti incidere non est dubium. — L. 82 § 1, même titre : Si ita scripserit testator : *Quanta ex parte me a Titio heredem institutum recitassem, ex ea parte Sempronius mihi heres esto*, non est captatoria institutio : plane nullo recitato testamento ab ipso testatore inanis videbitur institutio remota suspicione captatoriæ institutionis.

5. Le testateur peut imposer à l'institué une obligation, à titre de charge attachée à l'institution. C'est ce qu'on appelle un mode [7].

Le droit de succession n'est, par là, ni retardé ni rendu incertain. Un devoir incombe à l'héritier, plus ou moins impérieux et dont l'accomplissement est plus ou moins exigible, suivant la volonté du testateur. Peut-être sera-ce pour l'héritier pure affaire de conscience; peut-être pourra-t-il être contraint. Dans ce dernier cas, le cohéritier est toujours qualifié pour exiger l'accomplissement, même sans intérêt personnel. Il est représentant du défunt et, comme tel, il a le droit et le devoir de faire en sorte que la volonté du défunt soit exécutée; il emploiera, à cet effet, l'action *familiæ erciscundæ* [8].

---

[7] *Infra*, § 49. *Modus* se prend aussi dans un sens large, non technique, pour désigner ce que nous appelons une *modalité*, comprenant le terme et la condition. Le mot *si* indique ordinairement la condition, et le mot *ut* le mode; mais cette terminologie n'est pas absolument constante.

[8] *Infra*, § 52 et § 91.

Le mode peut aussi constituer un véritable legs, exigible par le gratifié[9]. Si l'utilité publique est en jeu, l'autorité en poursuivra d'office l'accomplissement. L'accomplissement du mode immoral ou illicite, comme celui du mode impossible, ne saurait être exigé; le mode est, dans ces cas, réputé non écrit, *pro non scripto*.

Pomponius, L. 7 pr. *De annuis legatis* XXXIII, 1 : ... In testamentis quædam scribuntur, quæ ad auctoritatem dumtaxat scribentis referuntur nec obligationem pariunt. Hæc autem talia sunt. Si te heredem solum instituam et scribam, uti monumentum mihi certa pecunia facias : nullam enim obligationem ea scriptura recipit, sed ad auctoritatem meam conservandam poteris, si velis, facere. Aliter atque si coherede tibi dato idem scripsero : nam sive te solum damnavero, uti monumentum facias, coheres tuus agere tecum poterit familiæ herciscundæ, uti facias, quoniam interest illius : quin etiam si utrique jussi estis hoc facere, invicem actionem habebitis. Ad auctoritatem scribentis hoc quoque pertinet, cum quis jussit in municipio imagines poni : nam si non honoris municipii gratia id fecisset, sed sua, actio eo nomine nulli competit...

Scévola, L. 21 § 3, même titre : Lucius Titius testamento patriæ suæ civitati Sebastenorum centum legavit, uti alternis annis ex usuris ejusdem certamina sub nomine ipsius celebrarentur, et adjecit hæc verba : *Quod si condicione supra scripta recipere legatam sibi pecuniam civitas Sebastenorum noluerit, nullo modo heredes meos obligatos ei esse volo, sed habere sibi pecuniam*. Postea præses provinciæ ex nominibus debitorum hereditariorum elegit idonea nomina et in causam legati rei publicæ adjudicavit; post cujus sententiam res publica a plerisque adjudicatis

[9] *Infra*, § 74.

sibi pecunias percepit. Quæsitum est, an, si res publica condicionibus testamento adscriptis postea non paruerit, legatum ad filios heredes pertineat. Respondit, rem publicam voluntati testatoris parere compellendam ac, nisi faciat, in his quidem summis, quæ per numerationem vel novationem solutæ sunt, utili repetitione heredes adjuvandos; ab his vero nominibus, quæ neque solverunt rei publicæ, neque novatione abscesserunt a pristina obligatione, non prohibendos quominus debitum petant.

Ulpien, L. 18 § 2 *Familiæ erciscundæ* X, 2 : ... Sed et cum monumentum jussit testator fieri, familiæ erciscundæ agent, ut fiat. Idem tamen temptat, quia heredum interest, quod jus monumenti sequitur, præscriptis verbis posse eos experiri, ut monumentum fiat.

Papinien, L. 50 § 1 *De hereditatis petitione* V, 3 : Si defuncto monumentum condicionis implendæ gratia bonæ fidei possessor fecerit, potest dici, quia voluntas defuncti vel in hoc servanda est, utique si probabilem modum faciendi monumenti sumptus, vel quantum testator jusserit, non excedat, eum, cui aufertur hereditas impensas ratione doli exceptione (*exceptionis?*) retenturum aut actione negotiorum gestorum repetiturum, veluti hereditario negotio gesto : Quamvis enim stricto jure nulla teneantur actione heredes ad monumentum faciendum, tamen principali vel pontificali auctoritate compelluntur ad obsequium supremæ voluntatis.

Ulpien, L. 8 § 7 *De condicionibus institutionum* : ... Idem est, et si ita heres institutus esset quis : *Titius heres esto, ita ut Stichum manumittat;* aut : *Titio centum ita lego, ut Stichum manumittat;* nam mortuo Sticho nemo dicet, summovendum eum; non videtur enim defectus condicione, si parere condicioni non possit; implenda est enim voluntas, si potest.

§ 19. — *Institution avec crétion.*

MAYNZ, § 455. DANZ, § 174. VERING, p. 489-496.

1. Le testateur pouvait, dans l'ancien droit, imposer à l'institué l'obligation de faire adition solennellement ou de refuser dans un certain délai, sous peine d'être exhérédé.

On dit, dans ce cas, que l'institution a lieu *cum cretione* [1]. Le délai était ordinairement de cent jours. L'adition avait lieu devant témoins et en termes solennels.

Il y avait diverses espèces de *cretio*. Elle était *vulgaris* si le délai ne devait courir que du moment où l'institué avait eu connaissance de l'institution et avait pu réellement examiner l'hérédité. Si, au contraire, le délai devait courir dès le jour même de la mort, la *cretio* était dite *certorum dierum* ou *continua*. Elle était dite *perfecta* dans le cas normal où l'omission était punie d'exhérédation; *imperfecta*, lorsque le testateur se bornait à la prescrire sans exhéréder le contrevenant. La *cretio* disparut peu à peu sous les empereurs chrétiens. Constantin en dispensa les successions mater-

---

[1] *Cernere* signifie *voir, examiner* et *décider* (décerner, décret, etc.). — VARRON, *De lingua latina* VI, 81 : *Dictum* CERNO *a cereo, id est a creando; dictum ab eo, quod, quom quid creatum est, tunc denique videtur. Hinc... quod in testamento,* CERNITO, *id est* FACITO, VIDEANT TE ESSE HEREDEM : *itaque in cretione adhibere jubent testes.* VII, 98 : CREVI *valet* CONSTITUI ; *itaque heres, quom constituit se heredem esse, dicitur* CERNERE, *et, quom id fecit,* CREVISSE.

nelles; Constance, d'autres successions dévolues aux fils de famille; Arcadius, Honorius et Théodose ont répété cette disposition, que Justinien a fait insérer dans son Code en lui donnant une portée générale : *Cretionum scrupulosam solemnitatem hac lege emendari penitus amputarique decernimus.*

Cicéron, *ad Atticum* XIII, 46 : Tum ex eo cognovi cretionem Cluvii, ... liberam cretionem, testibus præsentibus, sexaginta diebus. Metuebam, ne ille arcessendus esset. Nunc mittendum est, ut meo jussu cernat.

Gaius II, 164 : Extraneis heredibus solet cretio dari, id est finis deliberandi, ut intra certum tempus vel adeant hereditatem, vel si non adeant, temporis fine summoveantur : ideo autem cretio appellata est, quia cernere est quasi decernere et constituere. 165. Cum ergo ita scriptum sit : HERES TITIUS ESTO, adjicere debemus : CERNITOQUE IN CENTUM DIEBUS PROXUMIS, QUIBUS SCIES POTERISQUE. QUOD NI ITA CREVERIS, EXHERES ESTO. 166. Et qui ita heres institutus est, si velit heres esse, debebit intra diem cretionis cernere, id est hæc verba dicere : QUOD ME PUBLIUS TITIUS TESTAMENTO SUO HEREDEM INSTITUIT, EAM HEREDITATEM ADEO CERNOQUE ; quod si ita non creverit, finito tempore cretionis excluditur ; nec quicquam proficit, si pro herede gerat, id est, si rebus hereditariis tamquam heres utatur. 170. Omnis autem cretio certo tempore constringitur ; in quam rem tolerabile tempus visum est centum dierum : potest tamen nihilominus jure civili aut longius aut brevius tempus dari ; longius tamen interdum prætor coartat. 171. Et quamvis omnis cretio certis diebus constringatur, tamen alia cretio vulgaris vocatur, alia certorum dierum : vulgaris illa, quam supra exposuimus, id est, in qua adjiciuntur hæc verba : QUIBUS SCIET POTERITQUE : certorum dierum, in qua detractis his verbis cetera scribuntur. 172. Quarum cretionum magna differentia est : nam vulgari cretione data nulli dies computantur, nisi quibus scierit

quisque, se heredem esse institutum, et possit cernere; certorum vero dierum cretione data etiam nescienti, se heredem institutum esse, numerantur dies continui; item ei quoque, qui aliqua ex causa cernere prohibetur, et eo amplius ei, qui sub conditione heres institutus est, tempus numeratur; unde melius et aptius est vulgari cretione uti. 173. Continua hæc cretio vocatur, quia continui dies numerantur; sed quia tam dura est hæc cretio, altera magis in usu habetur; unde etiam vulgaris dicta est. — Ulpien XXII, 25, 27-32.

Tit. C. Théod. *De maternis bonis et materni generis et cretione sublata* VIII, 18. — Constantin, L. 1 et 2 (319). — Constance, L. 4 et 5 (339, 349).

Arcadius, Honorius, Théodose, L. 8 § 1 (407) : Cretionum autem scrupulosam solennitatem, sive materna filio familias sive alia quædam deferatur hereditas, hac lege emendari penitus amputarique decernimus. — Cf. L. 17 C. *De jure deliberandi* VI, 30.

§ 20. — *La substitution vulgaire.*

MAYNZ, § 468. ARNDTS, § 496. BRINZ, § 182. KELLER, § 487. *Institutionen*, § 288. PUCHTA, § 476-477. TEWES, § 43-45. VANGEROW, § 451. VERING, p. 338-342. WINDSCHEID, § 557. FRANCKE, *De origine et natura vulgaris et pupillaris substitutionis*. Iéna, 1829.

1. Le testateur peut, sans imposer de *cretio*, prévoir le cas où l'institué ne pourra ou ne voudra faire adition et désigner, pour ce cas, un autre héritier ou d'autres héritiers à la place du premier. On dit alors qu'il substitue [1].

---

[1] Le mot *substitution* se prend, en droit français moderne, dans une acception différente, qui correspond au fidéicommis, traité plus loin, aux § 82 et 83. Cette terminologie provient des auteurs du moyen âge,

Les modernes distinguent le cas où l'institué ne voudrait pas faire adition, *casus voluntatis,* du cas où il ne pourrait pas, *casus impotentiæ*. A défaut d'intention manifestée, on présume que le testateur a eu en vue l'un et l'autre. On présume encore qu'il a eu également en vue le cas où l'acquisition opérée est supprimée ensuite, notamment par restitution en entier.

La substitution avec ou sans *cretio* est une institution conditionnelle. La condition est : *Si l'institué ne fait pas adition, n'acquiert pas l'hérédité, ne devient pas effectivement héritier*. La substitution est donc régie par les principes de l'institution conditionnelle. En cas de crétion imparfaite, le substitué devenait cohéritier si l'institué ne renonçait pas ; si l'institué renonçait, le substitué acquérait la succession entière[2].

Si l'institué est un héritier sien, le fait qu'il invoque le bénéfice d'abstention donne ouverture à la substitution ; mais, alors, vu le principe de la perpétuité, le substitué ne sera que possesseur des biens.

2. Outre la condition première et générale qui vient d'être mentionnée, la substitution peut être subordonnée à toute autre condition.

---

civilistes et canonistes, qui opposaient aux substitutions *directes*, dont traitent le présent paragraphe et le suivant, les fidéicommis sous le nom de *substitutions obliques*.

La substitution vulgaire est admise généralement dans les législations modernes ; les substitutions que plusieurs législations interdisent ou restreignent sont les fidéicommissaires. C. civil, 896-899. 1048-1074. — ARNTZ I, 1691-1708. FŒRSTER, § 215, IV, p. 132-135. UNGER, § 19-20.

[2] Il y avait, dans cette matière, controverse entre les sectes.

On peut substituer *plures singulis*, *plures pluribus*, *singulos pluribus*. On peut substituer un ou des cohéritiers, ou plusieurs cohéritiers les uns aux autres, réciproquement. On peut substituer aux substitués, indéfiniment; alors, chaque substitué l'est, sauf disposition spéciale, non-seulement à son prédécesseur immédiat, mais à tous ses prédécesseurs et à l'institué : *substitutus substituto est substitutus instituto*.

Tit. J. *De vulgari substitutione* II, 15. Tit. D. *De vulgari et pupillari substitutione* XXVIII, 6. Tit. C. *De impuberum et aliis substitutionibus* VI, 26. *De necessariis servis instituendis vel substituendis* VI, 27.

Gaius II, 172 *De substitutionibus* : Interdum duos pluresve gradus heredum facimus, hoc modo : LUCIUS TITIUS HERES ESTO CERNITOQUE IN DIEBUS PROXUMIS QUIBUS SCIES POTERISQUE, QUODNI ITA CREVERIS, EXHERES ESTO. TUM MÆVIUS HERES ESTO CERNITOQUE IN DIEBUS CENTUM, et reliqua; et deinceps in quantum velimus substituere possumus. 175. Et licet nobis vel unum in unius locum substituere pluresve, et contra in plurium locum vel unum vel plures substituere. 176. Primo itaque gradu scriptus heres hereditatem cernendo fit heres et substitutus excluditur; non cernendo summovetur, etiamsi pro herede gerat, et in locum ejus substitutus succedit; et deinceps si plures gradus sint, in singulis simili ratione idem contingit. 177. Sed si cretio sine exheredatione sit data, id est in hæc verba : SI NON CREVERIS, TUM PUBLIUS MÆVIUS HERES ESTO, illud diversum invenitur, quia si prior omissa cretione pro herede gerat, substitutum in partem admittit, et fiunt ambo æquis partibus heredes; quod si neque cernat neque pro herede gerat, sane in universo summovetur, et substitutus in totam hereditatem succedit. 178. Sed Sabino quidem placuit, quamdiu cernere et eo modo heres fieri possit

prior, etiamsi pro herede gesserit, non tamen admitti substitutum; cum vero cretio finita sit, tum pro herede gerendo admittit substitutum : aliis vero placuit, etiam superante cretione posse eum pro herede gerendo in partem substitutum admittere et amplius ad cretionem reverti non posse.

Ulpien XXII, 33 : Heredes aut instituti dicuntur aut substituti : instituti, qui primo gradu scripti sunt; substituti, qui secundo gradu vel sequentibus heredes scripti sunt... 34. Si sub imperfecta cretione heres institutus sit, id est non adjectis his verbis : SI NON CREVERIS, EXHERES ESTO, sed si ita : SI NON CREVERIS, TUNC MEVIUS HERES ESTO, cernendo quidem superior inferiorem excludit; non cernendo autem, sed pro herede gerendo in partem admittit substitutum : sed postea divus Marcus constituit, ut et pro herede gerendo ex asse fiat heres. Quodsi neque creverit neque pro herede gesserit, ipse excluditur, et substitutus ex asse fit heres.

Modestin, L. 1 pr. *De vulgari et pupillari substitutione :* Heredes aut instituti dicuntur aut substituti; instituti primo gradu, substituti secundo vel tertio.

Pr. J. *De vulgari substitutione :* Potest autem quis in testamento suo plures gradus heredum facere, ut puta : SI ILLE HERES NON ERIT, ILLE HERES ESTO : et deinceps in quantum velit testator substituere potest et novissimo loco in subsidium vel servum necessarium heredem instituere. § 1. Et plures in unius locum possunt substitui, vel unus in plurium, vel singuli singulis, vel invicem ipsi qui heredes instituti sunt. § 2. Et si ex disparibus partibus heredes scriptos invicem substituerit et nullam mentionem in substitutione habuerit partium, eas videtur partes in substitutione dedisse, quas in institutione expressit : et ita divus Pius rescripsit. § 3. Sed si instituto heredi et coheredi suo substituto dato alius substitutus fuerit, divi Severus et Antoninus sine distinctione rescripserunt ad utramque partem substitutum admitti.

Marcien, L. 36 pr. *De vulgari et pupillari substitutione.*

Julien, L. 30, même titre : Quidam testamento Proculum ex quarta parte et Quietum ex parte dimidia et quarta heredem instituit, deinde Quieto Florum, Proculo Sosiam heredes substituit. Deinde, si neque Sosia, neque Florus heredes essent, tertio gradu ex parte dimidia et quarta coloniam Leptitanorum et ex quarta complures heredes substituit in plures quam tres uncias : Quietus hereditatem adiit, Proculus et Sosia vivo testatore decesserunt : quæritur, quadrans Proculo datus ad Quietum an ad substitutos tertio gradu pertineat. Respondi eam videri voluntatem patris familias fuisse, ut tertio gradu scriptos heredes ita demum substituerit, si tota hereditas vacasset, idque apparere evidenter ex eo, quod plures quam duodecim uncias inter eos distribuisset, et idcirco partem quartam hereditatis de qua quæritur ad Quietum pertinere.

Scévola, L. 44 *De re judicata* XLII, 1 : Ex contractu paterno actum est cum pupilla tutore auctore et condemnata est; postea tutores abstinuerunt eam bonis paternis et ita bona defuncti ad substitutum vel ad coheredem pervenerunt...

Alexandre Sévère, L. 3 C. *De heredibus instituendis* VI, 24 (223) : Cum proponas, Alexandrum equitem testamento primo loco Julianum, ut libertum suum, heredem instituisse, eique substituisse his verbis : *Quodsi ex aliqua causa primus hereditatem meam adire noluerit, vel non potuerit, tunc in locum ejus secundum heredem substituo Vitalem*, post mortem autem testatoris, Julianum servum communem fuisse defuncti militis et Zoili fratris ejus apparuerit, an tu ex substitutione admittaris, voluntatis est quæstio. Nam si credens eum proprium et suum libertum heredem instituit, nec per eum ad alium quemquam hereditatem pertinere voluit, exstitit condicio substitutionis, tibique hereditas delata est. Quodsi verba substitutionis subscriptæ ad jus retulit, ut, si nec per semet ipsum alium fecisset heredem (potuit enim, quamvis jubente domino, nolle adire), ita demum substitutus vocaretur, si tamen paruit domino et adiit, substitutioni locus non est.

Gaius, L. 74 *De heredibus instituendis* XXVIII, 5. Sub condicione heredi instituto si substituamus, nisi eamdem condicionem repetemus, pure eum heredem substituere intellegimur.

Ulpien, L. 3 *De A. vel O. H.* XXIX, 2 : Quamdiu prior heres institutus hereditatem adire potest, substitutus non potest.

Le même, L. 69, même titre : Quamdiu institutus admitti potest, substituto locus non est, nec ante succedere potest, quam excluso herede instituto. Eveniet igitur ut necessarium sit remedium Prætoris et circa denegandas primo actiones et circa præstituendum tempus substituto, quia intra diem primo præstitutum neque adire hereditatem potest neque pro herede gerere. Is autem, qui tertio gradu scriptus est, si primo deliberante secundus decedet, ipse potest succedere. Ergo exspectamus in singulis, ut prius eis deferatur hereditas : tunc deinde, posteaquam delata est, exspectamus diem præstitutum, intra quem diem nisi aut adeat aut pro herede gerat, denegamus ei actiones.

Paul, L. 7 pr. même titre : Si quis filium familias heredem instituerit et ita scripserit : *Si mihi Titius iste (id est?) filiusfamilias heres non erit, Sempronius heres esto*, filio adeunte jussu patris, substitutus excluditur.

§ 4 J. *De vulgari substitutione :* Si servum alienum quis patremfamilias arbitratus heredem scripserit et, si heres non esset, Mævium ei substituerit isque servus jussu domini adierit hereditatem, Mævius in partem admittitur. Illa enim verba : *Si heres non erit*, in eo quidem, quem alieno juri subjectum esse testator scit, sic accipiuntur : *Si neque ipse heres erit, neque alium heredem effecerit :* in eo vero, quem patremfamilias esse arbitratur, illud significant : *Si hereditatem sibi eive, cujus juri postea subjectus esse coeperit, non adquisierit.* Idque Tiberius Cæsar in persona Parthenii servi sui constituit.

Papinien, L. 41 *De vulgari et pupillari substitutione :* Coheredi substitutus priusquam hereditatem adiret aut condicio substitutionis existeret, vita decessit. Ad substi-

tutum ejus, sive ante substitutionem sive postea substitutus sit, utraque portio pertinebit nec intererit, prior substitutus post institutum an ante decedat. § 1. Ex verbis *eosque invicem substituo* non adeuntis portio scriptis heredibus pro modo sibi vel alii quæsitæ portionis defertur. § 5. Qui patrem et filium pro parte heredes instituerat et invicem substituerat, reliquis coheredibus datis post completum assem ita scripsit : *Hos omnes invicem substituo.* Voluntatis fit quæstio, commemoratione omnium patrem et filium substitutioni coheredum miscuisset an eam scripturam ad ceteros omnes transtulisset : quod magis verisimile videtur propter specialem inter patrem et filium substitutionem.

§ 21. — *Les substitutions pupillaire et quasi-pupillaire.*

WILKENS, *De pupillari institutione quæstiones quædam.* Berlin, 1861. — HÜFFER, *De substitutione quasi-pupillari.* Breslau, 1853. FRANCKE, cité au paragraphe précédent. MAYNZ, § 469-470. ARNDTS, § 497-499. BRINZ, § 183-184. KELLER, § 488-490. PUCHTA, § 478-479. TEWES, § 46-48. VANGEROW, § 451-456. VERING, p. 343-359. WINDSCHEID, § 558-560.

1. Si un père de famille a institué son fils impubère et que ce fils décède avant d'avoir atteint l'âge de puberté, donc avant d'avoir pu faire un testament, il arrivera ceci : sans que personne puisse l'empêcher, le patrimoine passera à l'héritier légitime ou tombera en deshérence. Pour parer à cette éventualité, peut-être redoutée par le père de famille, il lui fut permis par la coutume, très-anciennement déjà, de régler le sort de sa succession en vue de la mort prématurée de son

enfant, par une substitution d'une espèce particulière, qu'on appelle *pupillaire*, en opposition à la précédente, qui a reçu le nom de *vulgaire* [1].

L'idée fondamentale et primitive de cette substitution pupillaire, c'est que le père de famille se nomme à soi-même un second héritier pour le cas où l'enfant, premier institué, viendrait à mourir impubère. Il s'y est joint, dans la suite, un autre point de vue : c'est que le père de famille donne un héritier à l'impubère, suppléant ainsi à la *testamenti factio* que celui-ci n'a pas, en vertu d'une sorte de prolongation de la puissance paternelle jusque par-delà la mort.

2. Les deux substitutions, la vulgaire et la pupillaire, étaient fréquemment réunies en termes exprès dans une seule et même formule. Après d'assez longues hésitations de la doctrine et de la pratique, Marc-Aurèle et Vérus ont autorisé généralement à conclure de l'une à l'autre [2].

Tit. J. *De pupillari substitutione* II, 16. — Tit. C. et D. cités au précédent paragraphe.

Gaius II, 179 : Liberis nostris inpuberibus quos in potestate habemus, non solum ita ut supra diximus, substituere

[1] La substitution pupillaire remonte à une époque où la liberté testamentaire était encore entière, comme la puissance paternelle. Voyez *infra*, § 28 et suivants. La substitution vulgaire a reçu ce nom, *quia vulgo et promiscue omnibus heredibus a quovis testatore fieri potest*. On appelle aussi la substitution vulgaire *substitutio in primum casum*, et la pupillaire *in alterum casum*. Les substitutions pupillaire et quasi-pupillaire sont abolies en France, depuis la loi de nivôse; en Autriche, par le Code de 1811. Le Code prussien les a conservées avec modifications; le Code saxon les a fondues ensemble. On retrouve la substitution pupillaire dans le Code du canton de Fribourg.

[2] Monographie de WALTER MUNZINGER, *Causa curiana*. Soleure, 1855.

possumus, id est, ut si heredes nobis non extiterint, alius nobis heres sit; sed eo amplius ut, etiamsi heredes nobis extiterint et adhuc inpuberes mortui fuerint, sit iis aliquis heres, velut hoc modo : TITIUS FILIUS MEUS MIHI HERES ESTO. SI FILIUS MEUS MIHI HERES ERIT ET HIC PRIUS MORIATUR QUAM IN SUAM TUTELAM VENERIT, TUNC SEIUS HERES ESTO. 180. Quo casu si quidem non extiterit heres filius, substitutus patris fit heres; (si vero) heres extiterit filius et ante pubertatem decesserit, ipsi filio fit heres substitutus. Quamobrem duo quodam modo sunt testamenta, aliud patris, aliud filii, tamquam si ipse filius sibi heredem instituisset; aut certe unum est testamentum duarum hereditatum. 181. Ceterum ne post obitum parentis periculo insidiarum subjectus videatur pupillus, in usu est vulgarem quidem substitutionem palam facere, id est eo loco quo pupillum heredem instituimus ..., illam autem substitutionem, per quam, etiamsi heres extiterit pupillus et intra pubertatem decesserit, substitutum vocamus, separatim in inferioribus tabulis scribimus, easque tabulas proprio lino propriaque cera consignamus, et in prioribus tabulis cavemus, ne inferiores tabulæ vivo filio et adhuc inpubere aperiantur. Sed longe tutius est, utrumque genus substitutionis separatim in inferioribus tabulis consignari; quod, si ita consignatæ vel separatæ fuerint substitutiones, ut diximus, ex priore potest intellegi in altera alter quoque idem esse substitutus. 182. Non solum autem heredibus institutis inpuberibus liberis ita substituere possimus, ut si ante pubertatem mortui fuerint, sit is heres, quem nos voluerimus, sed etiam exheredatis : itaque eo casu si quid pupillo ex hereditatibus legatisve aut donationibus propinquorum adquisitum fuerit, id omne ad substitutum pertinet. (Pr. — § 4 J. *De pupillari substitutione.*)

§ 5 J. *De pupillari substitutione :* Liberis autem suis testamentum facere nemo potest, nisi et sibi faciat : nam pupillare testamentum pars et sequela est paterni testamenti, adeo ut, si patris testamentum non valeat, ne filii quidem valebit. § 6. Vel singulis autem liberis vel qui

eorum novissimus impubes morietur substitui potest. Singulis quidem, si neminem eorum intestato decedere voluit: novissimo, si jus legitimarum hereditatium integrum inter eos custodiri velit. Substituitur autem impuberi aut nominatim, veluti: TITIUS, aut generaliter: QUISQUIS MIHI HERES ERIT: quibus verbis vocantur ex substitutione impubere filio mortuo, qui et scripti sunt heredes et extiterunt, et pro qua parte heredes scripti sunt. Masculo igitur usque ad quatuordecim annos substitui potest, feminæ usque ad duodecim annos: et si hoc tempus excesserit, substitutio evanescit. Extraneo vero vel filio puberi heredi instituto ita substituere nemo potest, ut, si heres exstiterit et intra aliquod tempus decesserit, alius ei sit heres: sed hoc solum permissum est, ut eum per fideicommissum testator obliget, alii hereditatem ejus vel totam vel pro parte restituere: quod jus quale sit, suo loco trademus[3].

Ulpien, L. 2 *De vulgari et pupillari substitutione*: Moribus introductum est, ut quis liberis impuberibus testamentum facere possit, donec masculi ad quattuordecim annos perveniant, feminæ ad duodecim. Quod sic erit accipiendum, si sint in potestate: ceterum emancipatis non possumus. Postumis plane possumus. Nepotibus etiam possumus et deinceps, si qui non recasuri sunt in patris potestate. Sed si eos patres præcedant, ita demum substitui eis potest, si heredes instituti sint vel exheredati: ita enim post legem Velleam succedendo non rumpunt testamentum: nam si principale ruptum sit testamentum, et pupillare evanuit. § 1. Quisquis autem impuberi testamentum facit, sibi quoque debet facere: ceterum soli filio non poterit, nisi forte miles sit. Adeo autem, nisi sibi quoque fecerit, non valet, ut nisi adita quoque patris hereditas sit, pupillare testamentum evanescat. Plane si omissa causa principalis testamenti ab intestato possideatur hereditas, dicendum est et pupillo substitutum servandum. § 4. Prius autem

[3] *Infra*, § 82-83.

sibi quis debet heredem scribere, deinde filio substituere, et non convertere ordinem scripturæ : et hoc Julianus putat prius sibi debere, deinde filio heredem scribere : ceterum si ante filio, deinde sibi testamentum faciat, non valere. Quæ sententia rescripto Imperatoris nostri ad Vicium Lupum Britanniæ præsidem comprobata est, et merito : constat enim unum esse testamentum, licet duæ sint hereditates, usque adeo, ut quos quis sibi facit necessarios, eosdem etiam filio faciat et postumum suum filio impuberi possit quis substituere.

Modestin, L. 1 § 1, même titre : Heredis substitutio duplex est aut simplex, veluti : LUCIUS TITIUS HERES ESTO : SI MIHI LUCIUS TITIUS HERES NON ERIT, TUNC SEIUS HERES MIHI ESTO : SI HERES NON ERIT, SIVE ERIT ET INTRA PUBERTATEM DECESSERIT, TUNC GAIUS SEIUS HERES MIHI ESTO. § 2. Substituere liberis tam heredibus institutis quam exheredatis possumus et tam eum, quem heredem nobis instituimus, quam alterum.

Ulpien, L. 10 § 1, même titre : Quos possum heredes mihi facere necessarios, possum et filio, ut servum meum et fratrem suum, quamvis in rebus humanis nondum sit : postumus igitur erit fratri heres necessarius.

Le même, L. 20, même titre : Patris et filii testamentum pro uno habetur etiam in jure prætorio : nam, ut Marcellus libro Digestorum nono scribit, sufficit tabulas esse patris signatas, etsi resignatæ sint filii, et septem signa patris sufficiunt. § 1. Si pater sibi per scripturam, filio per nuncupationem fecit testamentum, valebit.

Pomponius, L. 14, même titre : In pupillari substitutione, licet longius comprehensum sit, tamen finietur substitutio pubertate.

Papinien, L. 41 § 7, même titre : Cum pater impuberi filiæ, quæ novissima diem suum obisset, tabulas secundas fecisset et impubes filia superstite sorore pubere vita decessisset, irritam esse factam substitutionem placuit, in persona quidem prioris, quia non novissima decessit, in alterius vero, quia puberem ætatem complevit.

Cicéron, *De Inventione* II, 21 : Quidam pupillum heredem fecit; pupillus autem ante mortuus est, quam in suam tutelam veniret. De hereditate ea, quæ pupillo venit, inter eos, qui patris pupilli heredes secundi sunt, et inter agnatos pupilli controversia est. Possessio heredum secundorum est. Intentio est agnatorum : « Nostra pecunia est, de qua is, cujus agnati sumus, testatus non est. » Depulsio est : « Immo nostra, qui heredes secundi testamento patris sumus. » Quæstio est : « Utrorum sit? » — Ratio est : « Pater et sibi, et filio testamentum scripsit, dum is pupillus esset. Quare, quæ filii fuerunt, testamento patris nostra fiant necesse est. » Infirmatio est rationis : « Immo pater sibi scripsit, et secundum heredem non filio, sed sibi jussit esse. Quare, præterquam quod ipsius fuit, testamento illius vestrum esse non potest. » Judicatio : « Possitne quispiam de filii pupilli re testari : an heredes secundi, ipsius patris familias, non filii quoque ejus pupilli heredes sint? » — Supponatur enim ab heredibus, hæc ratio : « Unius enim pecuniæ plures, dissimilibus ex causis, heredes esse non possunt, nec unquam factum est, ut ejusdem pecuniæ alius testamento, alius lege heres esset. » Infirmatio hæc erit : « Non est una pecunia : propterea, quod altera jam erat pupilli adventicia; cujus heres non, illo tempore, testamento quisquam scriptus erat, si quid pupillo accidisset; et de altera, patris etiam nunc mortui voluntas plurimum valebit, quæ illam (*jam?*) mortuo pupillo suis heredibus concedebat. » Judicatio est : « Unane pecunia fuerit? »

De Oratore I, 39, 180 : Quid vero? clarissima Manii Curii causa Marcique Coponii nuper apud centumviros quo concursu hominum, qua exspectatione defensa est? quum Q. Scævola, æqualis et collega meus, homo omnium et disciplina juris civilis eruditissimus et ingenio prudentiaque acutissimus et oratione maxime limatus atque subtilis atque, ut ego soleo dicere, jurisperitorum eloquentissimus, eloquentium jurisperitissimus ex scripto testamentorum jura defenderet, negaretque, nisi postumus, et natus,

et, antequam in suam tutelam venisset, mortuus esset, heredem eum esse posse, qui esset secundum postumum et natum et mortuum heres institutus; ego autem defenderem, hac eum mente fuisse, qui testamentum fecisset, ut, si filius non esset, qui in suam tutelam veniret, Manius Curius esset heres. — 57. II, 54.

Modestin, L. 4. *De vulgari et pupillari substitutione :* Jam hoc jure utimur ex divi Marci et Veri constitutione, ut, cum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intellegatur, sive filius heres non exstiterit, sive exstiterit et impubes decesserit. § 1. Quod jus ad tertium quoque genus substitutionis tractum esse videtur : nam si pater duos filios impuberes heredes instituat eosque invicem substituat, in utrumque casum reciprocam substitutionem factam videri divus Pius constituit. § 2. Sed si alter pubes, alter impubes hoc communi verbo : EOSQUE INVICEM SUBSTITUO sibi fuerint substituti, in vulgarem tantummodo casum factam videri substitutionem Severus et Antoninus constituit : incongruens enim videbatur, ut in altero duplex esset substitutio, in altero sola vulgaris. Hoc itaque casu singulis separatim pater substituere debebit, ut, si pubes heres non exstiterit, impubes ei substituatur, si autem impubes heres exstiterit et intra pubertatem decesserit, pubes frater in portionem coheredis substituatur : quo casu in utrumque eventum substitutus videbitur, ne, si vulgari modo impuberi quoque substituat, voluntatis quæstionem relinquat, utrum de una vulgari tantummodo substitutione in utriusque persona sensisse intellegatur : ita enim in altero utraque substitutio intellegitur, si voluntas parentis non refragetur. Vel certe evitandæ quæstionis gratia specialiter in utrumque casum impuberi substituat fratrem : SIVE HERES NON ERIT SIVE ERIT ET INTRA PUBERTATIS ANNOS DECESSERIT.

3. Justinien a permis, sous certaines réserves, à tout ascendant de tester pour son descendant qu'un défaut

intellectuel (folie, imbécilité) rend incapable. Cette substitution s'éteint par la guérison, comme la précédente par la puberté. Elle ne suppose, d'ailleurs, ni l'impuberté ni la puissance paternelle, et c'est seulement à défaut d'enfants, frères ou sœurs de l'incapable, que le testateur peut lui substituer d'autres personnes. On signale, dans l'ancien droit, des précédents et des analogies.

Justinien, L. 9 C. *De impuberum et aliis substitutionibus* (528) : Humanitatis intuitu parentibus indulgemus, ut, si filium, nepotem, vel pronepotem cujuscumque sexus habeant, nec alia proles descendentium eis sit, iste tamen filius vel filia, nepos vel neptis, pronepos vel proneptis mente captus vel mente capta perpetuo sit, vel si duo vel plures isti fuerint, nullus vero eorum sapiat, liceat iisdem parentibus, legitima portione ei vel eis relicta, quos voluerint his substituere, ut occasione hujusmodi substitutionis, ad exemplum pupillaris, querela nulla contra testamentum eorum oriatur; ita tamen ut, si postea resipuerit vel resipuerint, talis substitutio cesset. Vel si filii aut alii descendentes ex hujusmodi mente capta persona sapientes sint, non liceat parenti, qui vel quæ testatur, alios quam ex eo (ea) descendentes unum, vel certos, vel omnes substituere. Sin vero etiam liberi testatori vel testatrici sint sapientes, ex his vero personis, quæ mente captæ sunt, nullus descendat, ad fratres eorum (earum) unum, vel certos, vel omnes, eandem fieri substitutionem oportet.

§ 1 J. *De pupillari substitutione* : Qua ratione excitati etiam constitutionem in nostro posuimus codice, qua prospectum est, ut, si mente captos habeant filios vel nepotes vel pronepotes cujuscumque sexus vel gradus, liceat eis, etsi puberes sint, ad exemplum pupillaris substitutionis certas personas substituere : sin autem resipuerint, eandem substitutionem infirmari, et hoc ad exemplum

pupillaris substitutionis, quæ postquam pupillus adoleverit infirmatur.

Paul, L. 43 pr. *De vulgari et pupillari substitutione :* Ex facto quæritur : qui filium habebat mutum puberem, impetravit a principe, ut muto substituere ei liceret, et substituit Titium : mutus duxit uxorem post mortem patris et nascitur ei filius : quæro, an rumpatur testamentum. Respondi : beneficia quidem principalia ipsi principes solent interpretari : verum voluntatem principis inspicientibus potest dici eatenus id eum tribuere voluisse, quatenus filius ejus in eadem valetudine perseverasset, ut, quemadmodum jure civili pubertate finitur pupillare testamentum, ita princeps imitatus sit jus in eo, qui propter infirmitatem non potest testari. Nam et si furioso filio substituisset, diceremus desinere valere testamentum, cum resipuisset, quia jam posset sibi testamentum facere : etenim iniquum incipit fieri beneficium principis, si adhuc id valere dicamus ; auferret enim testamentifactionem homini sanæ mentis. Igitur etiam adgnatione sui heredis dicendum est rumpi substitutionem, quia nihil interest, alium heredem institueret ipse filius postea an jure habere cœpit suum heredem : nec enim aut patrem aut principem de hoc casu cogitasse verisimile est, ut eum, qui postea nasceretur, exheredaret. Nec interest, quemadmodum beneficium principale intercedat circa testamentifactionem, utrum in persona unius an complurium.

SECTION DEUXIÈME.

DÉLATION AB INTESTAT.

---

§ 22. — *Observation préliminaire.*

Nous avons dit que le droit de succéder *ab intestat* appartenait, dans l'origine, à la famille civile, hors de laquelle il n'y avait point de succession légitime, et que la famille naturelle a été admise, peu à peu, à côté de la famille civile et finalement préférée à celle-ci, grâce à l'Édit du préteur, à des sénatus-consultes et à des constitutions impériales [1].

La succession des membres de la famille, sujets immédiats du défunt, que les Romains appellent *domestici* ou *sui heredes*, est antérieure à la loi des Douze Tables, et sans doute aussi à l'introduction du testament; la loi la confirme, comme elle confirme l'hérédité testamentaire. Divers faits, dont il a déjà été question et dont il sera encore question plus loin, montrent que la succession des *domestici* ou *sui* était considérée

[1] *Supra*, § 4.

comme allant de soi; elle ne pouvait être écartée que par la volonté solennellement déclarée du père de famille, dont la puissance se manifestait ainsi au moment de sa mort [2].

En revanche, c'est la loi des Douze Tables qui a donné à la succession agnatique la forme qu'elle a conservée pendant plusieurs siècles [3].

§ 23. — *La succession ab intestat selon la loi des Douze Tables.*

MAYNZ, § 444-461. ARNDTS, § 474-482. BRINZ, § 190-191. DANZ, § 170-173, 181-182. KELLER, § 461-473. KOEPPEN, *Einleitung*, p. 1-54. PUCHTA, § 453-460. SCHIRMER, § 10-16. TEWES, § 3-19. VANGEROW, § 405-426. VERING II, XIII, p. 429-436, XIX-XX. WINDSCHEID, § 569-574.

1. Selon les Douze Tables, l'hérédité de l'intestat appartient aux personnes qui, par sa mort, sont affranchies de la puissance et deviennent ainsi *sui juris*. Ce sont les héritiers par excellence, les enfants de la maison, *domestici*, les maîtres naturels du patrimoine; la loi suppose leur succession comme allant sans dire, du moment que le défunt n'a pas disposé de son patrimoine autrement dans la forme légale.

L'héritier de cette espèce est dit techniquement *suus*

[2] *Supra*, § 5.
[3] *Infra*, § 23.

heres, héritier *sien*, propre ou naturel [1]. On comprend dans cette catégorie le posthume qui naît *sui juris* après la mort du *De Cujus*, mais qui, si celui-ci vivait, serait sous sa puissance immédiate.

Nulle différence, d'ailleurs, entre les sexes; la *sua* hérite comme le *suus*. La veuve qui s'était mariée *cum in manum conventione* était *sua* [2].

C'est l'immédiatité de la puissance et non la proximité qui donne le droit de succéder. La proximité influe seulement sur le montant des parts, en ce sens que les enfants du fils prédécédé succèdent *in locum patris*, ce qui veut dire qu'ils ont ensemble la part qu'il aurait lui-même s'il succédait. Ainsi se trouve rétabli ce qu'on peut appeler l'ordre de la nature. On exprime cela en disant que ces enfants succèdent par souches, *per stirpes*, au lieu de succéder par têtes, *per capita*. On peut dire, dans ce sens spécial, qu'ils *représentent* leur père prédécédé [3].

[1] On fait diverses conjectures touchant l'origine et la portée exacte de cette désignation. On peut la rattacher au fait que les *sui heredes* ne viennent pas à proprement parler *jure hereditario*, mais *jure potestatis*; on peut dire qu'ils tiennent le patrimoine, en une certaine mesure, d'eux-mêmes, puisque du vivant du *De Cujus* il y avait unité de personne entre eux et lui; d'ailleurs, l'*heredium* de deux jugères était, dans l'origine, assigné à la famille et le fils sous puissance votait dans la classe paternelle. On explique aussi le mot *suus* par *naturel*.

On voit que *suus heres* ne correspond qu'en partie à *domesticus heres*.

[2] *Uxor filiæ loco*. La vestale étant sortie, par sa dignité, de la puissance, n'est pas *sua*, non plus que la fille mariée *in manu mariti*; l'émancipé, le *datus in adoptionem* ne sont pas *sui*. La vestale était complétement étrangère à la succession légitime. Elle ne pouvait hériter et l'on ne pouvait hériter d'elle que par testament; aussi y étaient-elles privilégiées. *Supra*, § 14, 17.

[3] Cette expression, appliquée à la succession des descendants du droit

On voit qu'il est impossible de succéder, à titre de *suus*, soit à un fils de famille, soit à une personne du sexe féminin.

Tit. J. *De hereditatibus quæ ab intestato deferuntur* III, 1. Tit. D. *De suis et legitimis heredibus* XXXVIII, 16.

Ulpien XXVI, 1 : Intestatorum ingenuorum hereditates pertinent primum ad suos heredes, id est liberos, qui in potestate sunt, ceterosque, qui in liberorum loco sunt.

Collation XVI, 3 § 3 : Intestatorum hereditas lege duodecim tabularum primum suis heredibus datur... 4. Sui heredes sunt hi : primo loco filius, filia in potestate patris constituti ; nec interest, adoptivi sint, an naturales, sed secundum legem Juliam Papiamque quæsiti. 5. Modo maneant in potestate, qui sui heredes sunt, ipso jure heredes etiam ignorantes constituuntur, ut furiosi, aut infantes et peregrinantes... 7. Post mortem patris natus, vel ab hostibus reversus, aut ex primo secundove mancipio manumissus, cujusve erroris causa probata est, licet non fuerint in potestate, sui tamen patris heredes efficiuntur. 8. Post filios, filias ad intestatorum successionem inter suos veniunt nepotes, neptes, pronepotes, proneptes, ac deinde masculino sexu post filium descendentes, si nullo parentum impedimento ipsi in avi potestate vel proavi familia remanserint : parentes enim liberis suis, cum quibus in potestate fuerunt ipsi, ordine successionis obsistunt. 9. Filius, si cum nepotibus ex alio filio susceptis in familia retinetur, ad intestati patris successionem cum fratris filiis vocatur : quibus in patris sui partem venientibus, hereditas in stirpes, non in capita dividitur, ita ut unus filius et plures nepotes

nouveau, a donné lieu à des malentendus. *Infra*, § 26. — Le principe de la succession des enfants et descendants par têtes et souches a été introduit par la jurisprudence. Le droit germanique a le principe opposé : *Der Nächste im Blut, der Nächste im Gut*, que plusieurs coutumes françaises ont conservé et dont les traces subsistent encore.

singulos semisses habeant. Idemque evenit, si avo ex duobus filiis impari numero nepotes successerint. 10. Ex filia nepotes sui heredes non sunt : in avi enim materni potestate alienam familiam sequentes ipsa ratione esse non possunt. 11. Eo tempore suus heres constituitur, quo certum est, aliquem intestatum decessisse : (*secundum*) quod ex eventu deficientis conditionis nepos is, qui vivo avo conceptus, post mortem patris natus (*est suus*) fieri potest (*Huschke*). 12. Quem filius emancipatus suscepit, vel adoptavit, sui heredis locum in successione, sicut ipse pater, obtinere non potest...

Gaius III, 7 : Igitur cum filius filiave et ex altero filio nepotes neptesve extant, pariter ad hereditatem vocantur; nec qui gradu proximior est, ulteriorem excludit : æquum enim videbatur, nepotes neptesve in patris sui locum portionemque succedere. Pari ratione et si nepos neptisque (*ve*) sit ex filio et ex nepote pronepos proneptisve, simul omnes vocantur ad hereditatem. 8. Et quia placebat, nepotes neptesve, item pronepotes proneptesve in parentis sui locum succedere, conveniens esse visum est, non in capita, sed in stirpes hereditates dividi, ita ut filius partem dimidiam hereditatis ferat et ex altero filio duo pluresve nepotes alteram dimidiam; item si ex duobus filiis nepotes extent et ex altero filio unus forte vel duo, ex altero tres aut quatuor, ad unum aut ad duos dimidia pars pertineat et ad tres aut quatuor altera dimidia. — Pr. § 8. § 15, 16 J. *De hereditatibus quæ ab intestato.*

Ulpien XXVI, 7 : Ad liberos matris intestatæ hereditas sine in manum conventione ex lege duodecim tabularum non pertinebat, quia feminæ suos heredes non habent.

2. Si l'intestat ne laisse point de *sui*, l'hérédité est déférée à l'agnat le plus proche. Cette succession de l'agnat est appelée *legitima hereditas*, dans le sens strict du mot, parce qu'elle est ordonnée expressément par la loi des Douze Tables.

Ici la proximité fait tout. L'agnat le plus proche exclut le plus éloigné, il n'y a pas d'ordre de la nature à rétablir, pas de représentation. Le frère du *De Cujus*, étant au deuxième degré, exclut les enfants d'un autre frère prédécédé, qui sont au troisième ; les enfants de frères prédécédés, étant tous au même degré, succèdent par têtes ; s'ils viennent avec des oncles du *De Cujus*, tous succèdent par têtes, car ils sont tous au même degré, savoir au troisième [4].

Dans ce deuxième ordre, comme dans le premier, les Douze Tables ne faisaient aucune différence entre les sexes. Mais la jurisprudence a été influencée par l'interprétation de la loi *Voconia*, c'est-à-dire sans doute par le même esprit de famille qui avait contribué à l'inspirer. De là, la consécration par les jurisconsultes d'une *voconiana ratio* excluant de l'hérédité légitime les agnates autres que les sœurs, exclusion qui n'a été abrogée que par Justinien [5].

Si l'agnat le plus proche, auquel l'hérédité est déférée, ne l'acquiert pas, soit parce qu'il la refuse, soit

[4] Tel est encore, avec modifications, notre système d'hérédité, opposé au système germanique des *parentèles ;* tel est aussi notre mode de computation des degrés de parenté, différent du mode germanique et du mode canonique. Les législations modernes sont partagées entre ces divers systèmes.

La succession par têtes des neveux a été conservée par la jurisprudence romaine après qu'elle eût admis la représentation en ligne directe; sur ce point encore, les législations modernes sont partagées. — *Infra*, § 26.

[5] La sœur utérine n'est pas agnate; il s'agit donc ici des sœurs germaines et des sœurs consanguines. *Infra*, § 26.

parce qu'il est mort avant d'avoir fait adition, l'hérédité n'est point déférée à l'agnat suivant. Le deuxième ordre est épuisé. Il n'y a pas, dans les hérédités agnatiques, de succession de degrés. *In legitimis hereditatibus successio non est* (*scilicet graduum*)[6].

L'agnation suppose l'ingénuité. L'affranchi ne saurait avoir d'agnats. Le patron, la patronne, les enfants du patron lui en tiennent lieu [7].

Tit. J. *De legitima agnatorum successione* III, 2.

Gaius III, 9 : Si nullus sit suorum heredum, tunc hereditas pertinet ex eadem lege duodecim tabularum ad agnatos. 10. Vocantur autem agnati, qui legitima cognatione juncti sunt : legitima autem cognatio est ea, quæ per virilis sexus personas (*conjungitur*)... 11. Non tamen omnibus simul agnatis dat lex duodecim tabularum hereditatem, sed his, qui tum, cum certum est aliquem intestatum decessisse, proximo gradu sunt. 12. Nec in eo jure successio est : ideoque si agnatus proximus hereditatem omiserit, vel antequam adierit, decesserit, sequentibus nihil juris ex lege competit. 13. Ideo autem non mortis tempore quis (*proxi*)mus erit, requirimus, sed eo tempore, quo certum fuerit, aliquem intestatum decessisse, quia si quis (*testamento fa*)cto decesserit, melius esse visum est, tunc (*ex iis*) requiri proximum, cum certum esse cœperit, neminem ex eo testamento fore heredem. 14. Quod ad feminas tamen attinet, in hoc jure aliud in ipsarum hereditatibus capiendis placuit, aliud in ceterorum bonis ab his capiendis : nam feminarum (*heredita*)tes perinde ad nos agnationis jure redeunt atque masculorum, nostræ vero hereditates ad feminas ultra consanguinearum gra-

[6] *Infra*, § 26.

[7] Nous laissons de côté, dans ce précis, le détail de la succession des affranchis.

dum non pertinent; itaque soror fratri sororive legitima heres est, amita vero et fratris filia legitima heres esse (*non potest : sororis autem nobis loco est?*) etiam mater aut noverca, quæ per in manum conventionem apud patrem nostrum jura filiæ nancta est. 15. Si ei, qui defunctus erit, sit frater et alterius fratris filius, sicut ex superioribus intellegitur, frater prior est, quia gradu præcedit : sed alia facta est juris interpretatio inter suos heredes. 16. Quodsi defuncti nullus frater exstat, (*sed*) sint liberi fratrum, ad omnes quidem hereditas pertinet; sed quæsitum est, si dispari forte numero sint nati, ut ex uno unus vel duo, ex altero tres vel quatuor, utrum in stirpes dividenda sit hereditas, sicut inter suos heredes juris est, an potius in capita. Jam dudum tamen placuit, in capita dividendam esse hereditatem; itaque quotquot erunt ab utraque parte personæ, in tot portiones hereditas dividetur, ita ut singuli singulas portiones ferant. 18. Hactenus lege duodecim tabularum finitæ sunt intestatorum hereditates : quod jus quemadmodum strictum fuerit, palam est intellegere. 19. Statim enim emancipati liberi nullum jus in hereditatem parentis ex ea lege habent, cum desierint sui heredes esse. 20. Idem est, si ideo liberi non sint in potestate patris, quia sint cum eo civitate Romana donati, nec ab imperatore in potestatem redacti fuerint. 21. Item agnati capite deminuti non admittuntur ex ea lege ad hereditatem, quia nomen agnationis capitis deminutione perimitur. 22. Item proximo agnato non adeunte hereditatem, nihilo magis sequens jure legitimo admittitur. 23. Item feminæ agnatæ quæcumque consanguineorum gradum excedunt, nihil juris ex lege habent. 24. Similiter non admittuntur cognati, qui per feminini sexus personas necessitudine junguntur, adeo quidem, ut nec inter matrem et filium filiamve ultro citroque hereditatis capiendæ jus competat, præterquam si per in manum conventionem consanguinitatis jura inter eos constituerint. 25. Sed hæ juris iniquitates edicto prætoris emendatæ sunt.

Ulpien XXVI *De legitimis heredibus :* Intestatorum

ingenuorum hereditates pertinent..., si sui heredes non sint, ad consanguineos, id est fratres et sorores ex eodem patre; si nec hi sint, ad reliquos agnatos proximos, id est cognatos virilis sexus, per mares descendentes, ejusdem familiæ; id enim cautum est lege duodecim tabularum hac: SI INTESTATO MORITUR, CUI SUUS HERES NEC ESCIT, AGNATUS PROXIMUS FAMILIAM HABETO. 3. Quamdiu suus heres speratur heres fieri posse, tamdiu locus agnatis non est; velut si uxor defuncti praegnans sit, aut filius apud hostes sit. 4. Agnatorum hereditates dividuntur in capita; velut si sit fratris filius et alterius fratris duo pluresve liberi, quotquot sunt ab utraque parte personæ, tot fiunt portiones, ut singuli singulas capiant. 5. Si plures eodem gradu sint agnati, et quidam eorum hereditatem ad se pertinere noluerint, vel antequam adierint, decesserint, eorum pars adcrescit his qui adierint; quod si nemo eorum adierit, ad insequentem gradum ex lege hereditas non transmittitur, quoniam in legitimis hereditatibus successio non est. 6. Ad feminas ultra consanguinearum gradum legitima hereditas non pertinet; itaque soror fratri sororive legitima heres fit. — *Collatio* XVI, 4 § 1.

Paul IV, 8, 18. Si sint, fratre defuncto, et fratris filius et nepos ejus ex fratre non existente, filius fratris nepoti præfertur. 21. Feminæ ad hereditates legitimas ultra consanguinearum successiones non admittuntur, idque jure civili voconiana ratione videtur effectum. Ceterum lex duodecim tabularum sine ulla discretione sexus (*feminini*) agnatos admittit. 23. In hereditate legitima successioni locus non est: et ideo fratre decedente antequam adeat aut repudiet hereditatem, fratris filius admitti non potest...

Collation XVI, 3, 13-20.

Ulpien XXIX *De bonis liberorum*: 1. Civis Romani liberti hereditatem lex duodecim tabularum patrono defert, si intestato sine suo herede libertus decesserit... — XXVII *De libertorum successionibus*. 1. Libertorum intestatorum hereditas primum ad suos heredes pertinet: deinde ad eos, quorum liberti sunt, velut patronum, patronam, liberosve

patroni. 2. Si sit patronus et alterius patroni filius, ad solum patronum hereditas pertinet. 3. Item patroni filius patroni nepotibus obstat. 4. Ad liberos patronorum hereditas defuncti pertinet ita ut in capita non in stirpes dividatur.

3. A défaut d'agnats, le patrimoine passe aux membres de la *gens* du défunt.

A l'époque des jurisconsultes classiques, cette succession du troisième ordre était tombée en désuétude avec l'ensemble du *jus gentilicium;* aussi Gaius ne donne-t-il aucun renseignement à ce sujet. Nous ne nous occuperons plus, dans ce qui suit, que des deux premiers ordres [8].

Gaius III, 17. Si nullus agnatus sit, eadem lex duodecim tabularum gentiles ad hereditatem vocat. Qui sint autem gentiles, primo commentario retulimus; et cum illic admonuerimus, totum gentilicium jus in desuetudinem abiisse, supervacuum est, hoc quoque loco de eadem re curiosius tractare.

Collation XVI, 3, § 3. — 4 § 2 (Ulpien) : Si agnatus defuncti non sit, eadem lex duodecim tabularum gentiles ad hereditatem vocat his verbis : SI AGNATUS NEC ESCIT, GENTILES FAMILIAM HABENTO. Nunc nec gentilicia jura in usu sunt.

Cicéron, *De oratore* I, 39 : Quid? qua de re inter Claudios, Marcellos et patricios, centumviri judicarunt, quum Marcelli ab liberti filio stirpe, patricii ejusdem nominis hereditatem gente ad se rediisse dicerent? Nonne in ea

---

[8] C'est le trésor public, c'est-à-dire le peuple, l'État, qui a remplacé les gentils dans la succession; mais d'autres personnes sont venues se placer avant lui. *Infra*, § 24 et § 27.

causa fuit oratoribus de toto stirpis ac gentilitatis jure dicendum[9]?

In Verrem II, 1, 45 : Minucius quidam mortuus est ante istum prætorem. Ejus testamentum erat nullum. Lege hereditas ad gentem Minuciam veniebat. Si habuisset iste edictum, quod ante istum et postea omnes habuerunt, possessio Minuciæ genti esset data : si quis testamento se heredem esse arbitraretur, quod tum non exstaret, lege ageret in hereditatem; aut pro præde litis vindiciarum cum satis accepisset, sponsionem faceret : ita de hereditate certaret. Hoc, opinor, jure et majores nostri, et nos semper usi sumus.

4. Lorsque le défunt avait laissé un *suus*, il ne pouvait être question d'une délation de l'hérédité à l'agnat le plus proche. La règle *semel heres semper heres* s'y opposait. L'hérédité agnatique est ainsi restée subordonnée à la condition qu'y avait mise la loi des Douze Tables, savoir : *s'il n'y a pas d'héritier sien.*

En revanche, on ne voit pas ce qui devait empêcher, dans l'ancien droit, de déférer au troisième ordre l'hérédité que le deuxième ordre, appelé, n'avait pas acquise. Il paraît cependant qu'on ne le faisait pas et que la *succession des ordres* était aussi étrangère à la loi des Douze Tables que la *succession des degrés.* La règle : *In legitimis hereditatibus successio non est*, a donc une portée générale.

Ulpien XXVI, 5. Gaius III, 22. *Supra*, chiffre 2.

§ 7 J. *De legitima agnatorum successione* III, 2 : Pla-

---

[9] M. Voigt, *De causa hereditaria inter Claudios patricios et Marcellos acta.* Leipzig, 1853.

cebat autem in eo genere percipiendarum hereditatum successionem non esse, id est ut, quamvis proximus, qui secundum ea quæ diximus vocatur ad hereditatem, aut spreverit hereditatem, aut antequam adeat decesserit, nihilo magis legitimo jure sequentes admittantur. Quod iterum prætores imperfecto jure corrigentes non in totum sine adminiculo relinquebant, sed ex cognatorum ordine eos vocabant utpote agnationis jure eis recluso...

Ulpien, L. 1 § 8 *De suis et legitimis* : Sciendum est autem, nepotes et deinceps interdum, etiamsi parentes eos mortis tempore præcesserunt, tamen posse suos heredes existere, quamvis successio in suis heredibus non sit. Quod ita procedit. Si pater familias testamento facto decesserit exheredato filio, mox deliberante herede instituto filius decessit, postea deinde repudiavit heres institutus : nepos poterit suus heres esse, ut et Marcellus libro decimo scripsit, quoniam nec delata est filio hereditas. Idem erit dicendum et si filius ex asse sub condicione, quæ fuit in arbitrio ipsius, vel nepos sub omni institutus non impleta condicione decesserint : nam dicendum erit suos posse succedere, si modo mortis testatoris tempore vel in rebus humanis vel saltem concepti fuerint : idque et Juliano et Marcello placet.

Paul, L. 4 § 1 *De Bonorum Possessione contra tabulas* XXXVII, 4 : Si quis filium quem in potestate habuit instituerit heredem vel exheredaverit et ex eo nepotem omiserit, bonorum possessioni locus non est, quia non esset nepos suus heres futurus. Eadem sunt et in sequentibus gradibus.

§ 24. — *La succession ab intestat selon l'Édit du Préteur*. Bonorum possessio intestati.

Auteurs cités aux § 9 et 23.

1. Le préteur fit un premier pas dans la voie que lui traçait son rôle historique, en créant une classe des

cognats, comme classe supplémentaire venant après les ordres civils, de manière à reculer la déshérence[1].

Dans la classe nouvelle, qu'on désigne sous le nom de *Unde cognati*, la proximité décidait comme dans le second ordre civil, mais il y avait succession de degrés. Si donc le cognat, appelé en premier lieu comme étant le plus proche, n'acquérait pas la possession des biens, le préteur appelait le cognat du degré suivant, et ainsi de suite jusqu'au septième (*sobrino sobrinave natus natave*). Après, il n'y a plus de cognation au point de vue de la succession *ab intestat*.

Le préteur appelle, par la classe *Unde cognati*, à la succession paternelle, le fils émancipé, la fille sous puissance de mari, l'enfant donné en adoption. Il appelle la mère mariée sans *conventio in manum* à la succession de ses enfants. Il appelle enfin aussi l'enfant né hors mariage à la succession de sa mère et de ses parents maternels et réciproquement.

Tit. J. *De successione cognatorum* III, 5. *De gradibus cognationis* III, 6. *De bonorum possessionibus* III, 9. Tit. D. *Si tabulæ testamenti nullæ extabunt, unde liberi* XXXVIII, 6. *Unde legitimi* 7. *Unde cognati* 8. *De successorio edicto* 9. *De gradibus* 10. *Unde vir et uxor* 11. *Quis ordo* 15. — Tit. C. *Unde liberi* VI, 14.

Cicéron, *Pro Cluentio*, 60. Intestatum dico esse mortuum, possessionemque ejus bonorum ex prætoris edicto

[1] L'ordre historique des réformes prétoriennes énumérées ci-après nous est inconnu. Quand je parle d'un *premier* pas, d'un *second*, et ainsi de suite, je n'entends point affirmer ce que j'ignore; mais on peut dire qu'*a priori* la marche naturelle paraît être celle que j'indique. — L'ordre de l'Édit était différent.

huic, illius sororis filio, adolescenti pudentissimo et in primis honesto, equiti Romano datam, Numerio Cluentio, quem videtis.

Gaius III, 27 : Agnatos autem capite deminutos non secundo gradu post suos heredes vocat, id est, non eo gradu vocat, quo per legem vocarentur, si capite minuti non essent; sed tertio proximitatis nomine : licet enim capitis deminutione jus legitimum perdiderint, certe cognationis jura retinent : itaque si quis alius sit, qui integrum jus agnationis habebit, is potior erit, etiamsi longiore gradu fuerit. 28. Idem juris est, ut quidam putant, in ejus agnati persona, qui proximo agnato omittente hereditatem, nihilo magis jure legitimo admittitur; sed sunt qui putant, hunc eodem gradu a prætore vocari, quo etiam per legem agnatis hereditas datur. 29. Feminæ certe agnatæ, quæ consanguineorum gradum excedunt, tertio gradu vocantur, id est, si neque suus neque agnatus ullus erit. 30. Eodem gradu vocantur etiam eæ personæ, quæ per feminini sexus personas copulatæ sunt. 31. Liberi quoque, qui in adoptiva familia sunt, ad naturalium parentum hereditatem hoc eodem gradu vocantur.

Ulpien XXVIII, 7 : Intestati datur bonorum possessio per septem gradus... tertio proximis cognatis... 9. Proximi cognati bonorum possessionem accipiunt, non solum per feminini sexus personam cognati, sed etiam agnati capite diminuti : nam licet legitimum jus agnationis capitis minutione amiserint, natura tamen cognati manent.

Pr. J. *De successione cognatorum :* Post suos heredes quoque eosque, quos inter suos heredes prætor et constitutiones vocant, et post legitimos..., proximos cognatos prætor vocat. § 1. Qua parte naturalis cognatio spectatur... § 2. Hos etiam, qui per feminini sexus personas ex transverso cognatione junguntur, tertio gradu proximitatis nomine prætor ad successionem vocat. § 3. Liberi quoque, qui in adoptiva familia sunt, ad naturalium parentum hereditatem hoc eodem gradu vocantur. § 4. Vulgo quæsitos nullum habere agnatum manifestum est, cum agnatio a

patre, cognatio sit a matre, hi autem nullum patrem habere intelliguntur. Eadem ratione nec inter se quidem possunt videri consanguinei esse, quia consanguinitatis jus species est agnationis : tantum igitur cognati sunt sibi, sicut et matris cognatis. Itaque omnibus istis ea parte competit bonorum possessio, qua proximitatis nomine cognati vocantur. § 5. Hoc loco et illud necessario admonendi sumus, agnationis quidem jure admitti aliquem ad hereditatem et si decimo gradu sit, sive de lege duodecim tabularum quæramus, sive de edicto quo prætor legitimis heredibus daturum se bonorum possessionem pollicetur. Proximitatis vero nomine his solis prætor promittit bonorum possessionem, qui usque ad sextum gradum cognationis sunt, et ex septimo a sobrino sobrinaque nato natave.

§ 10. *De gradibus cognationis :* Illud certum est, ad serviles cognationes illam partem edicti, qua proximitatis nomine bonorum possessio promittitur, non pertinere : nam nec ulla antiqua lege talis cognatio computabatur.

Ulpien, L. 1 § 3 *Unde cognati :* Hæc autem bonorum possessio, quæ ex hac parte edicti datur, cognatorum gradus sex complectitur et ex septimo duas personas, sobrino et sobrina natum et natam.

Gaius, L. 2, même titre : Hac parte proconsul naturali æquitate motus omnibus cognatis promittit bonorum possessionem, quos sanguinis ratio vocat ad hereditatem, licet jure civili deficiant. Itaque etiam vulgo quæsiti matris et mater talium liberorum, item ipsi fratres inter se ex hac parte bonorum, possessionem petere possunt, quia sunt invicem sibi cognati, usque adeo, ut prægnas quoque manumissa si pepererit et is qui natus est matri et mater ipsi et inter se quoque qui nascuntur cognati sint.

Ulpien, L. 4, même titre : Si spurius intestato decesserit, jure consanguinitatis aut adgnationis hereditas ejus ad nullum pertinet, quia consanguinitatis, itemque adgnationis jura a patre oriuntur : proximitatis autem nomine mater ejus aut frater eadem matre natus bonorum possessionem ejus ex edicto petere potest.

Modestin, L. 8, même titre : Modestinus respondit, non ideo minus ad aviæ maternæ bona ab intestato nepotes admitti, quod vulgo quæsiti proponuntur.

2. A défaut de cognats, l'Édit donne un droit de succession mutuel aux époux mariés sans *conventio in manum*. C'est la possession des biens *Unde vir et uxor*.

Ulpien, L. un. *Unde vir et uxor* : Ut bonorum possessio peti possit UNDE VIR ET UXOR, justum esse matrimonium oportet. Ceterum si injustum fuerit matrimonium, nequaquam bonorum possessio peti poterit, quemadmodum nec ex testamento adiri hereditas nec secundum tabulas peti bonorum possessio potest : nihil enim capi propter injustum matrimonium potest. § 1. Ut autem hæc bonorum possessio locum habeat, uxorem esse oportet mortis tempore. Sed si divortium quidem secutum sit, verum tamen jure durat matrimonium, hæc successio locum non habet. Hoc autem in hujusmodi speciebus procedit : liberta ab invito patrono divortit, lex Julia de maritandis ordinibus retinet istam in matrimonio, dum eam prohiberet alii nubere invito patrono; item Julia de adulteriis, nisi certo modo divortium factum sit, pro infecto habet.

3. En faisant ces deux premières innovations, le préteur suppléait au droit civil.

Il alla plus loin et entreprit de le corriger.

Il assimila aux *sui* les enfants et les descendants du *De Cujus* qui seraient *sui* si un acte juridique, tel que l'émancipation, la *datio in manum*, la *datio in adoptionem*, n'avait brisé le lien qui les attachait à leur famille civile. Toutefois, la fille donnée en puissance de mari et l'enfant donné en adoption doivent, pour

être appelés dans cette classe, être sortis de leur famille nouvelle avant le décès du *De Cujus*. Le préteur transforma ainsi l'ordre des *sui* en une classe prétorienne des *liberi*, laquelle comprend les *sui* véritables et ceux qui leur sont assimilés et que l'on peut appeler *sui fictifs*. Il ne toucha pas, d'ailleurs, aux autres principes de la succession de ce premier ordre. Les *sui* continuent à être héritiers de plein droit. Les *liberi* viennent par têtes et par souches. L'Édit *Unde liberi* n'est jamais applicable à la succession des fils de famille ni à celle de personnes du sexe féminin.

Si le *De Cujus* avait émancipé son fils, tout en gardant sous sa puissance ses petits-fils, enfants de l'émancipé, il arrivait que ces petits-enfants, bien que *sui*, étaient exclus par leur père. Julien inséra dans l'Édit une clause nouvelle statuant qu'en pareil cas le fils partage la succession avec les petits-enfants.

Gaius III, 26 : Nam eos (*liberos*) omnes, qui legitimo jure deficiuntur, vocat ad hereditatem, proinde ac si in potestate parentum mortis tempore fuissent, sive soli sint, sive etiam sui heredes, id est qui in potestate patris fuerunt, concurrant.

II, 136 : Adoptivi filii, quamdiu manent in adoptione, naturalium loco sunt; emancipati vero (*a*) patre adoptivo neque jure civili neque quod ad edictum prætoris pertinet inter liberos numerantur. 137. Qua ratione accidit, ut ex diverso quod ad naturalem parentem pertinet, quamdiu quidem sint in adoptiva familia, extraneorum numero habeantur, si vero emancipati fuerint ab adoptivo patre, tunc incipiant in ea causa esse, qua futuri essent, si ab ipso naturali patre fuissent (sc. *emancipati*).

Ulpien XXVIII, 4 : Emancipatis liberis ex edicto datur

bonorum possessio, si parati sint cavere fratribus suis, qui in potestate manserunt, bona, quæ moriente patre habuerunt, se collaturos. 7. Intestati datur bonorum possessio per septem gradus : primo gradu liberis... 8. Liberis bonorum possessio datur tam his qui in potestate usque in mortis tempus fuerunt, quam emancipatis; etiam adoptivis, non tamen etiam in adoptionem datis.

§ 9 J. *De hereditatibus quæ ab intestato deferuntur* III, 1 : Emancipati autem liberi jure civili nihil juris habent : neque enim sui heredes sunt, quia in potestate esse desierunt parentis, neque alio ullo jure per legem duodecim tabularum vocantur. Sed prætor naturali æquitate motus dat eis bonorum possessionem unde liberi, perinde ac si in potestate parentis mortis tempore fuissent, sive soli sint sive cum suis heredibus concurrant. Itaque duobus liberis extantibus, emancipato et qui mortis tempore in potestate fuerit, sane quidem is qui in potestate fuerit solus jure civili heres est, id est solus suus heres est : sed cum emancipatus beneficio prætoris in partem admittitur, evenit, ut suus heres pro parte heres fiat. § 10. At hi, qui emancipati a parente in adoptionem se dederunt, non admittuntur ad bona naturalis patris quasi liberi, si modo, cum is moreretur, in adoptiva familia sint. Nam vivo eo emancipati ab adoptivo patre perinde admittuntur ad bona naturalis patris, ac si emancipati ab ipso essent nec unquam in adoptiva familia fuissent : et convenienter, quod ad adoptivum patrem pertinet, extraneorum loco esse incipiunt. Post mortem vero naturalis patris emancipati ab adoptivo et quantum ad hunc æque extraneorum loco fiunt et quantum ad naturalis parentis bona pertinet nihilo magis liberorum gradum nanciscuntur : quod ideo sic placuit, quia iniquum erat, esse in potestate patris adoptivi, ad quos bona naturalis patris pertinerent, utrum ad liberos ejus an ad agnatos. § 11. Minus ergo juris habent adoptivi quam naturales. Namque naturales emancipati beneficio prætoris gradum liberorum retinent, licet jure civili perdunt : adoptivi vero emancipati et jure civili perdunt gradum liberorum, et a prætore

non adjuvantur. Et recte : naturalia enim jura civilis ratio peremere non potest nec, quia desinunt sui heredes esse, desinere possunt filii filiæve aut nepotes neptesve esse : adoptivi vero emancipati extraneorum loco incipiunt esse, quia jus nomenque filii filiæve, quod per adoptionem consecuti sunt, alia civili ratione, id est emancipatione, perdunt.

Modestin, L. 1 § 2 *Quis ordo in possessionibus :* Intestati patris liberis bonorum possessio datur non tantum his, qui in potestate parentis usque in mortis tempus fuerunt, sed (*et*) emancipatis.

Ulpien, L. 1 § 5 *Si tabulæ testamenti :* Recte autem prætor a liberis initium fecit ab intestato successionis, ut, sicuti contra tabulas ipsis defert, ita et ab intestato ipsos vocat. § 6. Liberos autem accipere debemus quos ad contra tabulas bonorum possessionem admittendos diximus, tam naturales quam adoptivos, sed adoptivos hactenus admittimus, si fuerint in potestate : ceterum si sui juris fuerint, ad bonorum possessionem non invitantur, quia adoptionis jura dissoluta sunt emancipatione.

Paul, L. 4, même titre : Liberi et capite minuti per edictum prætoris ad bonorum possessionem vocantur parentium, nisi si adoptivi fuerint : hi enim et liberorum nomen amittunt post emancipationem. Sed si naturales emancipati et adoptati iterum emancipati sint, habent jus naturale liberorum.

Le même, L. 1 § 6 *De Bonorum Possessionibus* XXXVII, 1 : ... Quamvis enim jure civili deficiant liberi, qui propter capitis deminutionem desierunt sui heredes esse, propter æquitatem tamen rescindit eorum capitis deminutionem prætor.

Ulpien, L. 1 pr. *De conjungendis cum emancipato* XXXVII, 8 : Si quis ex his quibus bonorum possessionem prætor pollicetur, in potestate parentis, cum is moritur, non fuerit, ei liberisque quos in ejusdem familia habuit (*habebit*), si ad eos hereditas suo nomine pertinebit neque notam exheredationis meruerunt, bonorum possessio ejus

partis datur, quæ ad eum pertineret, si in potestate permansisset, ita ut ex ea parte dimidiam (*habeat*), reliquam (*reliquum*) liberi ejus, hisque dumtaxat bona sua conferat. § 1. Hoc edictum æquissimum est, ut neque emancipatus solus veniat et excludat nepotes in potestate manentes, neque nepotes jure potestatis objiciantur patri suo. — Cf. Marcellus, L. 3, même titre.

4. Les préteurs laissèrent subsister tout le système du droit civil conjointement avec leur système prétorien. Ils firent des ordres civils une deuxième classe prétorienne, celle des *legitimi*, comprenant donc les *sui*, qui, en cette qualité, ne viennent plus qu'en deuxième lieu, et l'agnat le plus proche, qui ne vient qu'en troisième.

En somme, cette évolution aboutit à quatre classes prétoriennes, lesquelles sont :

La classe *unde liberi* ;

La classe *unde legitimi* ;

La classe *unde cognati* ;

La classe *unde vir et uxor*.

Ce sont là les classes prétoriennes de la succession des ingénus.

Pour la succession des affranchis, il y en a quelques-unes de plus, savoir : le maître qui a affranchi du *mancipium*, rangé entre les légitimes et les cognats ; le patron, la patronne, les enfants, les parents du patron ou de la patronne, entre les cognats et le conjoint ; enfin, les cognats du patron en dernière ligne. De plus, le patron et ses enfants, qui ont déjà figuré dans les *legitimi*, et ses agnats sont appelés de nou-

veau tout de suite après les cognats. Cette *bonorum possessio liberti intestati* n'est pas connue complétement et prête à la controverse.

5. Entre les différentes classes, il y a désormais succession.

Si personne de la première classe ne demande la *bonorum possessio*, le droit de la demander passe à la deuxième, de là à la troisième, enfin à la quatrième. Il se peut qu'une seule et même personne soit appelée dans plus d'une classe et se fasse envoyer en possession dans l'une après avoir négligé de le demander dans la précédente. Tel est le cas pour les enfants qui étaient sous la puissance immédiate du défunt; ils sont à la fois *liberi, legitimi* (*sui*) et cognats.

Quant à la succession de degrés, il n'en saurait être question dans la classe des *liberi*, puisque cette classe est régie par les principes du premier ordre civil, ni dans celle des *legitimi*, puisque *in legitimis hereditatibus successio non est*. En revanche, il y a succession de degrés dans la classe des cognats, comme il a été dit plus haut.

Tit. D. *De successorio edicto* XXXVIII, 9. Tit. C. *De successorio edicto* VI, 16.

Ulpien XXVIII, 7 : Intestati datur bonorum possessio per septem gradus : primo gradu liberis; secundo legitimis heredibus; tertio proximis cognatis; quarto familiæ patroni; (*quinto*) patrono, patronæ, item liberis vel (*parentibus*) patroni patronæve; sexto viro, uxori; septimo cognatis manumissoris, quibus per legem Furiam plus mille asses capere licet... 10. Bonorum possessio datur parentibus et liberis intra annum, ex quo petere

potuerunt; ceteris intra centum dies. 11. Qui omnes intra id tempus si non petierint bonorum possessionem, sequens gradus admittitur, perinde atque si superiores non essent; idque per septem gradus fit.

§ 3 J. *De Bonorum Possessionibus* III, 9 : ... (Prætor) cum de testamentis prius locutus est, ad intestatos transitum fecit. Et primo loco suis heredibus et his, qui ex edicto prætoris suis connumerantur, dat bonorum possessionem quæ vocatur UNDE LIBERI. Secundo legitimis heredibus : tertio decem personis, quas extraneo manumissori præferebat (sunt autem decem personæ hæ : pater mater avus avia tam paterni quam materni, item filius filia nepos neptis tam ex filio quam ex filia, frater soror sive consanguinei sive uterini) : quarto cognatis proximis : quinto tum quam ex familia : sexto patrono et patronæ liberisque eorum et parentibus : septimo viro et uxori : octavo cognatis manumissoris. § 4... Nostris constitutionibus omnia corrigentes... admisimus... ab intestato UNDE LIBERI et UNDE LEGITIMI bonorum possessiones. § 5. Quæ autem in prætoris edicto quinto loco posita fuerat, id est UNDE DECEM PERSONÆ, eam pio proposito et compendioso sermone supervacuam ostendimus... § 6-8. § 9. Cum igitur plures species successionum prætor introduxisset easque per ordinem disposuisset et in unaquaque specie successionis sæpe plures extent dispari gradu personæ : ne actiones creditorum differantur, sed haberent quos convenirent, et ne facile in possessionem bonorum defuncti mittantur et eo modo sibi consulerent, ideo petendæ bonorum possessioni certum tempus præfinivit. Liberis itaque et parentibus tam naturalibus quam adoptivis in petenda bonorum possessione anni spatium, ceteris centum dierum dedit. § 10. Et si intra hoc tempus aliquis bonorum possessionem non petierit, ejusdem gradus personis aderescit : vel si nemo sit deinceps, ceteris proinde bonorum possessionem ex successorio edicto pollicetur, ac si is qui præcedebat ex eo numero non esset. Si quis itaque delatam sibi bonorum possessionem repudiaverit, non quo usque

tempus bonorum possessioni præfinitum excesserit expectatur, sed statim ceteri ex eodem edicto admittuntur.

— § 7 J. *De legitima agnatorum successione* III, 2. Voyez § 23.

§ 25. — *Le droit impérial antérieur à Justinien.*

Auteurs cités au § 23.

1. Le sénatusconsulte Tertullien, voté probablement sous Hadrien, donna à la mère mariée hors puissance et ayant le *jus liberorum* un droit de succession *ab intestat* dans la classe des *legitimi*, en vertu duquel elle concourt avec la sœur [1], tout en étant exclue par le frère. Le principe de l'hérédité cognatique fut introduit ainsi dans le droit civil.

Tit. D. *Ad Senatusconsultum Tertullianum* XXXVIII, 17. Tit. J. *De Senatusconsulto Tertulliano* III, 3.

Ulpien XXVI, 8 : Intestati filii hereditas ad matrem ex lege duodecim tabularum non pertinet; sed si jus liberorum habeat, ingenua trium, libertina quatuor, legitima heres fit ex senatusconsulto Tertulliano; si tamen ei filio neque suus heres sit quive inter suos heredes ad bonorum possessionem a prætore vocatur, neque pater, ad quem lege hereditas bonorumve possessio cum re pertinet, neque frater consanguineus : quod si soror consanguinea sit, ad utrasque pertinere jubetur hereditas.

Paul IV, 9 *Ad Senatusconsultum Tertullianum*.

Pr. J. *De Senatusconsulto Tertulliano* : Lex duodecim tabularum ita stricto jure utebatur et præponebat masculorum progeniem et eos, qui per feminini sexus necessitudinem sibi junguntur, adeo expellebat, ut ne quidem inter

[1] *Introduction historique*, § 127.

matrem et filium filiamve ultro citroque hereditatis capiendæ jus daret, nisi quod prætores ex proximitate cognatorum eas personas ad successionem bonorum possessione UNDE COGNATI accommodata vocabant. § 1. Sed hæc juris angustiæ postea emendatæ sunt. Et primus quidem divus Claudius matri ad solatium liberorum amissorum legitimam eorum detulit hereditatem. § 2. Postea autem senatusconsulto Tertulliano, quod divi Hadriani temporibus factum est, plenissime de tristi successione matri, non etiam aviæ deferenda cautum est : ut mater ingenua trium liberorum jus habens, libertina quattuor ad bona filiorum filiarumve admittatur intestatorum mortuorum, licet in potestate parentis est, ut scilicet, cum alieno juri subjecta est, jussu ejus adeat, cujus juri subjecta est. § 3. Præferuntur autem matri liberi defuncti, qui sui sunt quive suorum loco, sive primi gradus sive ulterioris. Sed et filiæ suæ mortuæ filius vel filia opponitur ex constitutionibus matri defunctæ, id est aviæ suæ. Pater quoque utriusque, non etiam avus vel proavus matri anteponitur, scilicet cum inter eos solos de hereditate agitur. Frater autem consanguineus tam filii quam filiæ excludebat matrem : soror autem consanguinea pariter cum matre admittebatur : sed si fuerat frater et soror consanguinei et mater liberis honorata, frater quidem matrem excludebat, communis autem erat hereditas ex æquis partibus fratri et sorori. ... § 7. Licet autem vulgo quæsitus sit filius filiave, potest ad bona ejus mater ex Tertulliano senatusconsulto admitti.

2. Le sénatusconsulte Orphitien, voté sous Marc-Aurèle, a continué l'œuvre du sénatusconsulte Tertullien, en élevant les enfants succédant à leur mère au rang de *sui*, de telle sorte qu'ils excluent les agnats [2].

---

[2] *Introduction historique*, § cité.

Ulpien XXVI, 7 : Ad liberos matris intestatæ hereditas sine in manum conventione ex lege duodecim tabularum non pertinebat, quia feminæ suos heredes non habent; sed postea imperatorum Antonini et Commodi oratione in senatu recitata id actum est, ut matrum legitimæ hereditates ad filios pertineant, exclusis consanguineis et reliquis agnatis.

Paul IV, 10. *Ad Senatusconsultum Orphitianum.*

Tit. J. *De Senatusconsulto Orphitiano* III, 4 : Per contrarium autem ut liberi ad bona matrum intestatorum admittantur, senatusconsulto Orphitiano effectum est, quod latum est Orphito et Rufo consulibus, divi Marci temporibus. Et data est tam filio quam filiæ legitima hereditas, etiamsi alieno juri subjecti sunt : et præferuntur et consanguineis et adgnatis defunctæ matris. § 1. Sed cum ex hoc senatusconsulto nepotes ad aviæ successionem legitimo jure non vocabantur, postea hoc constitutionibus principalibus emendatum est, ut ad similitudinem filiorum filiarumque et nepotes et neptes vocentur. § 2. Sciendum autem est hujusmodi successiones, quæ a Tertulliano et Orphitiano deferuntur, capitis deminutione non peremi propter illam regulam, qua novæ hereditates legitimæ capitis deminutione non pereunt, sed illæ solæ quæ ex lege duodecim tabularum deferuntur. § 3. Novissime sciendum est etiam illos liberos, qui vulgo quæsiti sunt, ad matris hereditatem ex hoc senatusconsulto admitti.

3. Diverses constitutions des empereurs chrétiens, desquelles il serait oiseux de détailler le contenu et qui ont trait soit aux descendants, soit aux ascendants, soit aux collatéraux, ont donné toujours plus de force au principe de la succession cognatique, aux dépens de la famille civile.

Constitution de Constantin de 321, L. 1 C. Théod. *De*

legitimis heredibus V, 1. — Valentinien I et Valens (369), L. 2, même titre.

Gratien, Valentinien et Théodose (383), L. 3, même titre.

Valentinien II, Théodose, Arcadius (389), L. 4, même titre.

Arcadius et Honorius (396), L. 5, même titre.

Théodose II et Valentinien III (426), L. 7, même titre.

Anastase (498), L. 4 C. Just. *De legitima tutela* V, 30.

Le même (502), L. 11 C. *De legitimis heredibus* VI, 58.

§ 26. — *La succession ab intestat selon le droit de Justinien.*

Auteurs cités au § 23. BUECHEL, *Streitfragen aus der Novelle* XVIII. Marbourg, 1839.

1. Justinien commença par rendre plusieurs constitutions réformant divers points spéciaux. Il abolit l'exclusion des agnates *voconiana ratione;* la règle : *In legitimis hereditatibus successio non est;* d'autres règles encore, déjà tombées en désuétude et que l'on éludait constamment.

Tit. J. *De hereditatibus quæ ab intestato deferuntur* III, 1. *De legitima adgnatorum successione* III, 2. *De Senatusconsulto Tertulliano* III, 3. *De Senatusconsulto Orphitiano* III, 4. *De successione cognatorum* III, 5. *De bonorum possessionibus* III, 9.

L. 12 C. *De suis et legitimis* VI, 55 (528). — L. 2 C. *De jure liberorum* VIII, 59 (528). — L. 7 pr. *Ad Senatuscon-*

sultum Tertullianum VI, 56 (528). — L. 14 *De legitimis hereditatibus* VI, 58 (531). — L. 15, même titre (532).

Novelle XVIII (536), ch. 4 et 5. Novelle XXII (536), ch. 47. Novelle LXXXIV (539).

2. Ces réformes partielles opérées, le terrain était préparé pour la réforme radicale du système entier des successions ab intestat. L'empereur accomplit cette réforme par une constitution célèbre, la Novelle CXVIII de l'an 543, qu'il compléta, quatre ans plus tard, par la Novelle CXXVII.

La Novelle CXVIII établit trois classes purement cognatiques, savoir :

Les descendants, première classe ;

Les ascendants et les frères et sœurs germains, deuxième classe ;

Et comme troisième classe, les collatéraux, lesquels se subdivisent en trois sous-classes, qui sont : les enfants des frères et sœurs germains ; les demi-frères et sœurs (consanguins et utérins) et leurs enfants ; enfin tous les autres collatéraux, selon la proximité du degré.

La Novelle CXXVII a fait entrer les enfants des frères et sœurs germains dans la classe de leurs parents.

Dès lors, en élevant au rang de classes les deux sous-classes qui restent, on distingue quatre classes qui sont les suivantes :

Les descendants ;

Les ascendants, frères et sœurs germains, enfants de frères et sœurs germains prédécédés ;

Les demi-frères et sœurs et leurs enfants;
Les autres collatéraux [1].

Première classe : les descendants.

Dans cette classe succèdent tous ceux qui sont issus du *De Cujus* par génération, immédiatement ou non,

---

[1] On a fait des vers destinés à graver dans la mémoire l'ordre de succession de Justinien. Il y a quelques variantes :

Descendens omnis succedit in ordine primo
Ascendens propior, germanus, filius ejus,
Tunc latere ex uno junctus, quoque filius ejus.
Hi cuncti in stirpes succedunt, in capita autem
Juncti ascendentes, fratrum quoque proles sola;
Denique proximior cognatus quisque superstes.

Les pages qui suivent forment le commentaire de ces vers.

L'ordre des successions de Justinien est l'objet de critiques méritées, qui portent surtout sur la deuxième et la troisième classe. Cependant, c'est encore le droit commun de l'Allemagne et la base du Code prussien, du Code Napoléon, du Code du royaume de Saxe, avec des modifications considérables. Le Code autrichien, comme plusieurs législations suisses, a consacré, au moins partiellement, le système (germanique) des *parentèles*.

Partout, d'ailleurs, les descendants composent la première classe. *Tant que la tige a souche, elle ne fourche.* LOISEL II, 5, 7. La seconde, sous l'influence naturelle du droit germanique, varie beaucoup; tantôt, les père et mère seuls concourent avec les frères et sœurs (tant consanguins ou utérins que germains) et descendants d'eux, les autres ascendants formant une troisième classe comme dans le Code Napoléon (746-755); tantôt, comme dans le Code prussien, les père et mère viennent seuls dans la deuxième classe; les frères et sœurs germains et leurs descendants dans la troisième; les ascendants plus éloignés avec les demi-frères et sœurs et leurs descendants, dans la quatrième; tantôt, les frères et sœurs viennent avant les père et mère, comme dans le canton de Fribourg, etc. — ARNTZ I, 1293-1324. FOERSTER, § 258-260. BRUNS, § 89.

enfants, petits-enfants, arrière-petits-enfants, etc., pourvu que les descendants non immédiats n'aient été séparés de lui, au moment de sa mort, par aucun intermédiaire. L'enfant donné en adoption et ses descendants héritent comme les autres [2]. L'enfant adoptif de même, du père adoptif [3]. De même encore, l'enfant né hors mariage, de sa mère [4].

La succession a lieu par têtes et par souches, comme dans les anciennes successions des *sui* et des *liberi* [5].

Justinien, Novelle CXVIII (543). *Constitutio quæ jura agnationis tollit et successiones ab intestato definit.* Ch. 1 :

---

[2] L'enfant donné en adoption, pleine ou non pleine, conserve ses droits de descendant légitime dans sa famille naturelle. Cela résulte indubitablement de la Novelle CXVIII, qui ne distingue pas entre les descendants. Cependant, ce n'est point incontesté pour l'enfant donné en pleine adoption. Voyez L. 10 C. *De adoptionibus* VIII, 48.

[3] De la mère adoptive dans l'adoption exceptionnellement permise à une femme *in solatium liberorum amissorum*. L. 5 C. *De adoptionibus* VIII, 48 (Dioclétien 291). — L'adoption pleine rend l'adopté agnat des agnats du père adoptif et cognat de ces mêmes personnes, mais pas des cognats. L'adoption non pleine (*minus plena*) donne uniquement le droit de succéder ab intestat dans la première classe. § 2 J. *De adoptionibus* I, 11. § 14 *De hereditatibus quæ ab intestato* III, 1.

[4] Exception au préjudice de l'enfant né hors mariage d'une femme de haute condition, *mater illustris*. — Justinien a statué son exclusion par les enfants légitimes de la même mère. L. 5 C. *Ad Senatusconsultum Orphitianum* VI, 57 (528).

[5] *Droit de représentation. Supra*, § 23. On a cru que les enfants d'enfants prédécédés ne venaient pas *jure proprio*, mais *jure prædefuncti parentis*, et l'on en a déduit des restrictions et des distinctions nullement justifiées, dont les traces se sont perpétuées dans les Codes modernes ; ainsi, dans le Code civil (730-739) et dans le Code autrichien. UNGER, § 33.

Si quis igitur descendentium fuerit ei, qui intestatus moritur, cujuslibet naturæ aut gradus, sive ex masculorum genere sive ex feminarum descendens et sive suæ potestatis sive sub potestate sit, omnibus ascendentibus et ex latere cognatis præponatur. Licet enim defunctus sub alterius potestate fuit, tamen ejus filios, cujuslibet sexus sint aut gradus, etiam ipsis parentibus præcipimus, quorum sub potestate fuit qui defunctus est, in illis videlicet rebus, quæ secundum alias nostras leges patribus non acquiruntur (nam in usu harum rerum qui debet acquiri aut servari, nostras de his leges parentibus custodimus), sic tamen ut, si quem horum descendentium filios relinquentem mori contigerit, illius filios aut filias aut alios descendentes in proprio parentis loco succedere, sive sub potestate defuncti, sive suæ potestatis inveniantur, tantam de hereditate morientis accipientes partem, quanticumque sint, quantam eorum parens, si viveret, habuisset : quam successionem in stirpes vocavit antiquitas. In hoc enim ordine gradum quæri nolumus, sed cum filiis et filiabus ex præmortuo filio nepotes vocari sancimus, nulla introducenda differentia, sive masculi, sive feminæ sint, et sive ex masculorum seu feminarum prole descendant, sive suæ potestatis, sive sub potestate sint constituti.

Deuxième classe.

A défaut de descendants, Justinien appelle les ascendants, les frères et sœurs germains et les fils et filles de frères et sœurs germains prédécédés [6].

S'il n'y a que des ascendants, la proximité décide. S'il y a deux ascendants de même degré et de la même

---

[6] Le droit de représentation est étendu, dans les législations modernes, aux autres descendants des frères et sœurs. Code Napoléon 742, 750.

ligne, ils partagent par têtes. S'il y a deux ou plusieurs ascendants de même degré et de lignes différentes, il y a division par lignes et, dans chaque ligne, partage par têtes.

S'il n'y a que des frères ou sœurs, ils succèdent par têtes.

Les frères et sœurs concourent avec tout ascendant qui succède, et alors il n'y a plus division par lignes, mais partage par têtes.

Les fils et filles des frères et sœurs prédécédés concourent, *in loco parentis*, soit avec les frères et sœurs venant seuls, soit avec les frères et sœurs venant avec des ascendants, soit enfin avec des ascendants seuls. Ceci a été consacré par la pratique, car les Novelles ne sont point explicites sur ce dernier point. Elles ne prévoient pas non plus le cas où il n'y a dans la classe que des enfants de frères et sœurs prédécédés; succéderont-ils par têtes, selon l'analogie de l'ancien droit agnatique, ou par souches, selon l'esprit général de la Novelle CXVIII? Vieille et fameuse controverse, que la pratique et la législation de l'Empire romain d'Allemagne ont tranchée dans le premier sens [7].

Il va sans dire qu'il ne saurait être question, dans cette classe, ni de frères ou sœurs adoptifs, ni de frères ou sœurs nés hors mariage.

---

[7] Accurse tenait pour les souches, Azon pour les parts viriles; Harménopoulos a émis la même opinion; Zasius l'a défendue énergiquement et la diète de Spire l'a consacrée (1529). Les principales législations

Troisième classe.

Les demi-frères et sœurs et les fils et filles de demi-frères et sœurs prédécédés succèdent comme succèdent, dans la classe précédente, les frères et sœurs germains et leurs enfants lorsqu'ils viennent seuls [8].

Les frères ou sœurs adoptifs, par adoption pleine, appartiennent à cette classe comme étant assimilés aux consanguins. Les frères ou sœurs nés de la mère hors mariage y figurent comme utérins.

On y comprend aussi l'enfant adoptif du demi-frère, l'enfant né hors mariage de la demi-sœur.

Quatrième classe.

A défaut de successibles des trois premières classes, l'hérédité est déférée au collatéral le plus proche; plusieurs collatéraux du même degré succèdent par têtes.

---

modernes admettent la succession par souches : ainsi, le Code Napoléon (742), le Code prussien, le Code autrichien.

[8] Le Code prussien fait, comme Justinien, des demi-frères et sœurs une classe postérieure à celle des germains; ils concourent avec les ascendants autres que père et mère. Le Code Napoléon place les demi-frères et sœurs dans la même classe que les germains ; seulement, ces derniers prennent part dans les deux lignes, tandis que les premiers ne prennent part que dans une ligne (733). Dans l'ancien droit français, la priorité accordée aux germains était appelée *privilége du double lien;* les coutumes n'avaient adopté ce privilége que partiellement et avec de nombreuses nuances; la loi de Nivôse l'a aboli. ARNTZ, I, 1302. FŒRSTER, § 259-260.

Il n'est pas question, dans cette classe, de représentation. Comme dans l'ancienne succession des agnats, l'oncle exclut le petit-neveu ; le cousin germain et le petit-neveu excluent l'arrière-petit-neveu.

Aucune limitation de degré [9].

Justinien, Novelle CXVIII, Ch. 2 : Si igitur defunctus descendentes quidem non derelinquat heredes, pater autem aut mater aut alii parentes ei supersint, omnibus ex latere cognatis hos præponi sancimus, exceptis solis fratribus ex utroque parente conjunctis defuncto, sicut per subsequentia declarabitur. Si autem plurimi ascendentium vivunt, hos præponi jubemus, qui proximi gradu reperiuntur, masculos et feminas, sive materni sive paterni sint. Si autem eumdem habent gradum, ex æquo inter eos hereditas dividatur, ut medietatem quidem accipiant omnes a patre ascendentes, quanticumque fuerint, medietatem vero reliquam a matre ascendentes, quantoscumque eos inveniri contigerit.

Si vero cum ascendentibus inveniantur fratres aut sorores ex utrisque parentibus conjuncti defuncto, cum proximis gradu ascendentibus vocabuntur, si et pater aut mater fuerint, dividenda inter eos quippe hereditate secundum personarum numerum, uti et ascendentium et fratrum singuli æqualem habeant portionem : nullum usum ex filiorum aut filiarum portione in hoc casu valente patre sibi penitus vindicare, quoniam pro hac usus portione

---

[9] La loi de Nivôse, dans un but de morcellement, a proclamé le principe de la représentation à l'infini en ligne collatérale. Le Code Napoléon est revenu au droit romain, avec la différence marquée note 6. Le Code Napoléon limite la successibilité au douzième degré (755). D'autres législations limitent davantage, d'autres pas du tout, si ce n'est, comme le Code prussien, indirectement, par le fait d'un conjoint ou d'enfants nés de mariage morganatique.

hereditatis jus et secundum proprietatem per præsentem dedimus legem : differentia nulla servanda inter personas istas, sive feminæ sive masculi fuerint qui ad hereditatem vocantur, et sive per masculi sive per feminæ personam copulantur : et sive suæ potestatis seu sub potestate fuerit, cui succedunt.

Reliquum est, ut tertium ordinem decernamus, qui vocatur ex latere et in agnatos et cognatos dividitur, ut etiam hac parte disposita undique perfecta lex inveniatur.

Ch. 3 : Si igitur defunctus neque descendentes neque ascendentes reliquerit, primum ad hereditatem vocamus fratres et sorores ex eodem patre et eadem matre natos, quos etiam cum patribus ad hereditatem vocavimus. His autem non existentibus in secundo ordine illos fratres ad hereditatem vocamus, qui ex uno parente conjuncti sunt defuncto, sive per patrem solum, seu per matrem. Si autem defuncto fratres fuerint et alterius fratris aut sororis præmortuorum filii, vocabuntur ad hereditatem isti cum de patre et matre thiis masculis et feminis, et quanticumque fuerint, tantam ex hereditate percipient portionem, quantam eorum parens futurus erat accipere, si superstes esset. Unde consequens est, ut, si forte præmortuus frater, cujus filii vivunt, per utrumque parentem nunc defunctæ personæ jungebatur, superstites autem fratres per patrem solum forsan aut matrem ei jungebantur, præponantur istius filii propriis thiis, licet tertio sint gradu, sive a patre sive a matre sint thii et sive masculi sive feminæ, sicut eorum parens præponebatur, si viveret. E diverso, si quidem superstes frater et ex utroque parente conjungitur defuncto, præmortuus autem per unum parentem jungebatur, hujus filios ab hereditate excludimus, sicut ipse, si viveret, excludebatur. Hujusmodi vero privilegium in hoc ordine cognationis solis præbemus fratrum masculorum aut feminarum filiis aut filiabus, ut in suorum parentum jura succedant, nulli alii omnino personæ ex hoc ordine venienti hoc jus largimur. Sed et ipsis fratrum filiis tunc hoc beneficium conferimus, quando cum propriis judi-

cantur thiis masculis et feminis, sive paterni sive materni sint. Si autem cum fratribus defuncti etiam ascendentes, sicut jam diximus, ad hereditatem vocantur, nullo modo ad successionem ab intestato fratris aut sororis filios vocari permittimus, neque si ex utroque parente eorum pater aut, mater defuncto jungebatur. Quando quidem igitur fratris et sororis filiis tale privilegium dedimus ut in propriorum parentum succedentes locum soli in tertio constituti gradu cum ii, qui in secundo gradu sunt, ad hereditatem vocentur, illud palam est, quia thiis defuncti masculis et feminis, sive a patre sive a matre, præponuntur, si etiam illi tertium cognationis similiter obtinent gradum.

§ 1. Si vero neque fratres, neque filios fratrum, sicut diximus, defunctus reliquerit, omnes deinceps a latere cognatos ad hereditatem vocamus secundum uniuscujusque gradus prærogativam, viciniores gradu ipsi reliquis præponantur. Si autem plurimi ejusdem gradus inveniantur, secundum personarum numerum inter eos hereditas dividatur, quod in capita nostræ leges appellant.

Novelle CXXVII, ch. 1 : Hoc itaque juste corrigentes sancimus, ut, si quis moriens relinquat ascendentium aliquem et fratres, qui possunt cum parentibus vocari, et alterius fratris præmortui filios, cum ascendentibus et fratribus vocentur et præmortui fratris filii et tantam percipiant portionem, quantam futurus erat eorum parens accipere, si vixisset. Hæc vero sancimus de illis fratris filiis, quorum pater ex utroque parente jungebatur defuncto; et absolute dicimus. Quem eis dedimus ordinem, quando cum solis vocantur fratribus, eundem eos habere jubemus, et quando cum fratribus vocantur ascendentium aliqui ad hereditatem.

3. Entre ces quatre classes, il y a *successio ordinum*. Si personne de la première classe n'acquiert l'hérédité, celle-ci est déférée à la deuxième; si personne de la

deuxième ne l'acquiert, à la troisième; si personne de la troisième ne l'acquiert, à la quatrième. Si, de plusieurs successibles d'une classe, un seul acquérait, il ne serait plus question d'une dévolution à la classe suivante, parce que, en vertu du principe de la totalité ou universalité de la succession, les parts des cohéritiers défaillants viendraient s'ajouter à celle du seul acquérant, qui serait héritier pour le tout. C'est là le *droit d'accroissement*, dont nous traiterons plus loin [10].

Ce droit d'accroissement suppose une délation opérée en faveur de plusieurs, dont l'un ou les uns font défaut, par mort, refus, incapacité survenue. Si tous ces appelés font défaut, il y a délation nouvelle en faveur du degré suivant dans l'intérieur de la même classe, c'est-à-dire en faveur des personnes qui étaient exclues par celles qui font défaut : *successio graduum*.

Ainsi, de deux enfants appelés, l'un refuse : l'autre a l'hérédité entière par droit d'accroissement; il n'y a pas succession de degrés en faveur des enfants du refusant. Tous deux refusent : il y a succession de degrés en faveur de leurs enfants. Les père et mère, seuls appelés, refusent : il y a succession de degrés en faveur des ascendants plus éloignés. Deux frères, seuls appelés, refusent : ici encore, il y a succession de degrés en faveur de leurs fils et filles, tandis que, si un seul refusait, l'autre aurait tout par droit d'accroissement.

---

[10] *Infra*, § 38. Voyez *supra*, § 1.

La Novelle CXVIII est muette sur ce point; de vives controverses partagent les interprètes [11].

§ 9 J. *De Bonorum Possessionibus* III, 9 : *Supra*, § 24.

Ulpien, L. 2 § 18 *Ad Senatusconsultum Tertullianum* XXXVIII, 17 : Si sit consanguinea soror defuncti, sit et mater, sit et pater adoptatus vel emancipatus : si consanguinea velit habere hereditatem, mater ex senatusconsulto una cum ea venire, patrem excludi placet : si consanguinea repudiet, matrem ex senatusconsulto propter patrem non venire : et quamvis alias non soleat mater exspectare consanguineam, velit necne adire hereditatem, nunc tamen exspectaturam : consanguinea enim est, quæ patrem excludit. Repudiante igitur consanguinea bonorum possessionem habebit mater cum patre quasi cognata, sed et in hac moram patietur nec ante accipiet bonorum possessionem quam pater petierit, quoniam omittente eo potest ex senatusconsulto succedere.

---

[11] Une doctrine ancienne et actuellement encore fort bien représentée, à laquelle s'est conformée la pratique du droit commun, fait prédominer le droit d'accroissement. Une autre donne la préférence à la succession des degrés. (FRANCKE. MAYER. BRINZ.) — On a établi diverses distinctions. On a dit qu'il y a succession de degrés en cas de mort, accroissement en cas de refus. (KOCH. TEWES.) On a dit aussi qu'il y a succession de degrés lorsque la représentation est exclue (ascendants, collatéraux); accroissement, lorsqu'il y a représentation. (PUCHTA.)

Tout ceci est arbitraire. La théorie exposée dans le texte est conforme à la raison d'être du droit d'accroissement et à l'esprit de la Novelle, qui a certainement voulu consacrer, dans le droit civil, les principes de l'Édit du préteur et des constitutions récentes. KELLER, § 471. VANGEROW, § 420. WINDSCHEID, § 573. SCHIRMER, § 15. — Ouvrages spéciaux : HELMOLT, *Das Accrescenzrecht und die successio graduum der Novellen* CXVIII *und* CXXVII. Giessen, 1855. J. MERKEL, *Die Lehre von der successio graduum unter Intestaterben*. Tubingue, 1876. — Il ne faut pas confondre avec la délation successive les cas où il y a *succession dans la délation*, qui sont les cas dits de *transmission ; infra*, § 36.

Justinien, L. 15 § 3 C. *De legitimis hereditatibus* VI, 58 (534) : ... Successionis videlicet jure et in hac parte servando, ut, si qui ex secundo gradu vocati renuntiaverint hereditati et noluerint eam adire, nullusque alius sit in secundo gradu, qui succedere potest et vult, tunc hi quos præsente lege enumeravimus ex tertio gradu, in locum recusantium succedant. Illo etiam observando, ut successio non ad stirpem, sed in capita dividatur; ceteris omnibus successionibus secundum jus usque ad præsens tempus observatum procedentibus et nullo ex cognatis supra memoratos gradus ac juris agnatitii formam redigendo, sed suum ordinem suamque proximitatem retinente incorruptam.

4. Justinien a conservé l'ancienne succession prétorienne du conjoint survivant, lequel peut être considéré comme formant la cinquième classe du droit nouveau.

§ 7 J. *De Bonorum Possessionibus* III, 9 : Aliam vero bonorum possessionem, quæ UNDE VIR ET UXOR appellatur et nono loco inter veteres bonorum possessiones posita fuerat, et in suo vigore servavimus et altiore loco, id est sexto, eam posuimus...

Théodose, L. 1 C. *Unde vir et uxor* VI, 18 (428) : Maritus et uxor ab intestato invicem sibi in solidum pro antiquo jure succedant, quoties deficit omnis parentum liberorumve seu propinquorum legitima vel naturalis successio, fisco excluso.

En outre, Justinien a accordé à la veuve indigente et sans dot un droit extraordinaire sur la succession de son mari décédé dans une certaine aisance. Ce droit concourt, dans une mesure variable, avec celui de tout héritier. La part sur laquelle il porte est une légitime.

S'il y a des enfants issus du mariage, ils ont la propriété de cette légitime, et la veuve en a l'usufruit [12].

Justinien, Novelle LIII, ch. 6 (537). — Novelle CXVII, ch. 5 (542).

5. Il a déjà été question, incidemment, des enfants nés hors mariage.

Le *spurius, vulgo quæsitus*, n'a pas de père et n'a donc aucun droit de succession du côté paternel. Vis-à-vis de sa mère et de la famille de sa mère, il est exactement dans la même situation que l'enfant légitime, et hérite de même.

L'enfant issu d'un commerce adultérin ou incestueux n'a été soumis par Justinien à aucune rigueur spéciale.

L'enfant né du concubinat, enfant *naturel* selon la terminologie romaine, avait un droit à la succession de son père, sous certaines conditions, ainsi que la concubine [13].

---

[12] Succession irrégulière du conjoint survivant du Code Napoléon, à défaut de parents successibles et d'enfant naturel (767). Les législations modernes ont amélioré considérablement la position du conjoint, sous l'influence du droit germanique et en généralisant le droit de la veuve indigente. UNGER, § 35. FOERSTER, § 262.

[13] Le concubinat romain a disparu, grâce au droit canonique et à la législation des empereurs allemands; mais les dispositions romaines touchant les enfants naturels et leur mère ont été appliquées par la pratique moderne du droit commun aux enfants nés hors mariage et à leur mère, avec réciprocité. Le moyen âge a frappé les bâtards de diverses incapacités et flétrissures qui étaient absolument inconnues à Rome.

§ 4 J. *De successione cognatorum* III, 5 : Vulgo quæsitos nullum habere agnatum manifestum est, cum agnatio a patre, cognatio sit a matre, hi autem nullum patrem habere intelliguntur. Eadem ratione nec inter se quidem possunt videri consanguinei esse, quia consanguinitatis jus species est agnationis; tantum igitur cognati sunt sibi, sicut et matris cognatis...

Justinien, Novelle XVIII, ch. 5 (536). Novelle LXXXIX, ch. 12 (539).

SECTION TROISIÈME.

DE LA DÉSHÉRENCE ET DE CE QUI LA PRÉCÈDE OU LA RETARDE.

---

§ 27. — *Biens vacants.* Bonorum addictio libertatum causa.

MAYNZ, § 494. ARNDTS, § 608-609. BRINZ, § 235. DANZ, § 184. KELLER, *Institutionen*, § 296. *Pandekten*, § 594. PUCHTA, § 564. TEWES, § 18. VANGEROW, § 564. VERING, p. 567-577. WINDSCHEID, § 570.

1. S'il n'y a pas d'héritier, la succession est en déshérence et les biens héréditaires sont vacants. Ceci avait lieu, dans le principe, à défaut d'héritier civil; dans la suite, à défaut d'héritier ou de possesseur de biens.

Les créanciers de la succession se faisaient envoyer en possession ; le concours était ouvert.

On a vu, d'ailleurs, qu'anciennement le premier venu pouvait prendre possession des choses héréditaires, et, par l'usucapion lucrative d'un an, acquérir le droit même d'hérédité [1].

---

[1] *Supra*, § 8.

2. La loi *Julia et Papia* donna les biens vacants au trésor [2], à charge de payer les dettes. Si, l'hérédité étant obérée, le trésor ne trouvait pas d'avantage à la recueillir, il l'abandonnait aux créanciers, lesquels faisaient ouvrir le concours. La succession du fisc fut considérée comme succession universelle.

La manière de recueillir ou d'*incorporer* les biens vacants fut réglée à diverses reprises sous les empereurs chrétiens.

3. Sous ces empereurs, et même avant, certains établissements, corps et corporations obtinrent le droit de réclamer la succession de ceux qui en avaient fait partie, de préférence au fisc, savoir : la curie municipale, la légion et d'autres divisions de l'armée, certaines corporations d'ouvriers organisées militairement, les églises.

Tit. C. *De hereditatibus decurionum, navicularioruin, cohortalium, militum et fabricensium* VI, 62. *De bonis vacantibus et de incorporatione* X, 10. *De his, qui se deferunt* X, 13. *Si liberalitatis imperialis socius sine herede decesserit* X, 14. *Quando et quibus quarta pars debetur ex bonis decurionum et de modo distributionis eorum* X, 34.

Code Théod. *De bonis decurionum* V, 2. *De bonis clericorum et monachorum* V, 3. *De bonis militum* V, 4.

Cicéron, *De legibus* II, 19 : ... Tertio loco, si nemo sit heres, is qui de bonis, quæ ejus fuerint, quum moritur, usuceperit plurimum possidendo. Quarto, si nemo sit, qui ullam rem ceperit, de creditoribus ejus, qui plurimum servet.

---

[2] C'était l'*aerarium* ou *populus*; plus tard, ce fut le fisc.

Gaius II, 150 : Lege bona caduca fiunt et ad populum deferri jubentur, si defuncto nemo (*heres sit*).

Ulpien XXVIII, 7 : ... Et si nemo sit, ad quem bonorum possessio pertinere possit, aut sit quidem, sed jus suum omiserit, populo bona deferuntur ex lege Julia caducaria.

Julien, L. 96 § 1 *De legatis* I (XXX) : Quotiens lege Julia bona vacantia ad fiscum pertinent, et legata et fideicommissa præstantur, quæ præstare cogeretur heres a quo relicta erant.

Javolène, L. 11 *De Jure fisci et populi* XLIX, 14 : Non possunt ulla bona ad fiscum pertinere, nisi quæ creditoribus superfutura sunt : id enim bonorum cujusque esse intelligitur, quod æri alieno superest.

Callistrate, L. 1 § 1, même titre : An bona, quæ solvendo non sint, ipso jure ad fiscum pertineant, quæsitum est. Labeo scribit, etiam ea quæ solvendo non sint, ipso jure ad fiscum pertinere. Sed contra sententiam ejus edictum perpetuum scriptum est, quod ita bona veneant, si ex his fisco acquiri nihil possit. § 2 : Divus Pius Coclio Amaranto ita rescripsit, vacantium bonorum nuntiationem quadriennio finiri idque tempus ex die, quo certum esse cœpit neque heredem neque bonorum possessorem exstare, computari oportere.

Sur l'incorporation : Constantin, L. 2 C. Théod. *De bonis vacantibus* X, 8 (319). Valentinien, Valens, Gratien, L. 1 C. Théod. *De incorporationibus* X, 9, et L. 11 C. Théod. *De petitionibus* X, 10 (369). Théodose II et Valentinien III, L. 5 C. Théod. *De bonis vacantibus* X, 8 (435).

Corps préférés au fisc : Ulpien, L. 6 § 7 *De injusto rupto irrito* XXVIII, 3 : ... Quam distinctionem in militis quoque testamento Divus Hadrianus dedit epistula ad Pomponium Falconem ut, si quidem ob conscientiam delicti militaris mori maluit, irritum sit ejus testamentum : quod si tædio vitæ vel dolore, valere testamentum aut, si intestato decessit, cognatis aut, si non sint, legioni ista sint vindicanda.

Constance, § 2 C. *De hereditatibus decurionum* (347) :

Universis tam legionibus quam vexillationibus comitatensibus seu cuneis insinuare debebis, ut cognoscant, quum aliquis fuerit rebus humanis exemtus, atque intestatus sine legitimo herede decesserit, ad vexillationem, in qua militaverit, res ejusdem necessario pervenire.

Théodose et Valentinien, L. 4 C., même titre (429) : Intestatorum curialium bona, si sine herede moriantur, ordinibus patriæ eorum addici præcipimus.

4. Un rescrit de Marc-Aurèle a créé une succession nouvelle et l'a placée entre le fisc et le concours.

Si le défunt a affranchi par testament ou codicille un ou plusieurs esclaves, et que personne n'acquière l'hérédité testamentaire, et qu'il n'y ait ni héritier légitime, ni succession du fisc, alors le premier citoyen venu, *quivis ex populo*, et même l'esclave auquel la liberté est léguée, peut se faire accorder la possession des biens moyennant caution qu'il satisfera les créanciers et effectuera les affranchissements. On appelle cette succession *bonorum addictio libertatum conservandarum causa*.

Tit. J. *De eo cui libertatis causa bona addicuntur* III, 11 : Accessit novus casus successionis ex constitutione divi Marci. Nam si hi, qui libertatem acceperunt a domino in testamento, ex quo non aditur hereditas, velint bona sibi addici libertatum conservandarum causa, audiuntur. Et ita rescripto divi Marci ad Popilium Rufum continetur. § 1. Verba rescripti ita se habent : *Si Virginio Valenti, qui testamento suo libertatem quibusdam adscripsit, nemine successore ab intestato existente in ea causa bona esse cœperunt, ut veniri debeant : is, cujus de ea re notio est, aditus rationem desiderii tui habebit, ut libertatium tam earum, quæ directo, quam earum quæ per speciem fideicommissi relictæ sunt, tuendarum gratia addicantur*

tibi, si idonee creditoribus caveris de solido quod cuique debetur solvendo. Et hi quidem, quibus directa libertas data est, perinde liberti erunt, ac si hereditas adita esset: hi autem, quos heres rogatus est manumittere, a te libertatem consequantur : ita ut si non alia condicione velis bona tibi addici, quam ut etiam qui directo libertatem acceperunt tui liberti fiant, nam huic etiam voluntati tuæ, si ii de quorum statu agitur consentiant, auctoritatem nostram accommodamus. Et ne hujus rescriptionis nostræ emolumentum alia ratione irritum fiat, si fiscus bona agnoscere voluerit : et hi qui rebus nostris attendunt scient commodo pecuniario præferendam libertatis causam et ita bona cogenda, ut libertas his salva sit, qui eam adipisci potuerunt, si hereditas ex testamento adita esset.

CHAPITRE IV.

DÉLATION CONTRAIRE AU TESTAMENT.

CHAPITRE IV.

DÉLATION CONTRAIRE AU TESTAMENT.

§ 28. — *Introduction.*

Les auteurs allemands modernes donnent à cette matière le nom de *Notherbenrecht* ou *Notherbfolge*. BLUNTSCHLI, *Erbfolge gegen den letzten Willen*. Bonn, 1829. FRANCKE, *Das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten*. Gœttingue, 1831. SCHROEDER, *Das Notherbenregt*. I. Heidelberg, 1877. MUEHLENBRUCH, continuation de GLUECK, *Pandecten*, vol. XXXV-XXXVIII. BOISSONADE, *Histoire de la réserve héréditaire*. Paris, 1873.

La loi des Douze Tables proclamait le droit du citoyen de disposer de son patrimoine à sa guise.

Pourvu que le testament remplît les conditions prescrites et que la volonté du testateur fût exprimée d'une manière légale et correcte, celui-ci savait en toute certitude qu'après sa mort ses ordres seraient observés rigoureusement; à l'abri des formes strictes que l'on connaît, il régnait une liberté testamentaire entière et absolue [1].

[1] Tant que le testament était fait en comices curiates ou *in procinctu*, il n'y avait pas lieu d'établir des restrictions législatives; elles devinrent nécessaires quand le testament fut, dans sa forme, un acte privé. BOECKING, *Institutionen des Römischen Civilrechts* III, § 118.

Il est probable que le danger d'abus était, à l'époque où la loi fut promulguée et encore longtemps après, écarté ou, du moins, atténué par l'esprit de famille si sain et si fort qui est un des plus beaux traits de la Rome républicaine des premiers siècles.

Mais l'abus devait se produire. Il fallut restreindre cette liberté, qui n'avait plus le frein d'un sens moral austère, ni celui de l'amour paternel. On reconnut l'existence de certains motifs d'invalidation totale ou partielle, provenant non plus de la forme extérieure des dernières volontés, mais de leur contenu.

Le principe de la liberté fut conservé intact, en théorie, le plus longtemps possible. Mais on se demanda : Cette volonté que le testateur a manifestée, est-elle bien sa volonté consciente, sa volonté définitive, sa véritable dernière volonté? Et l'on fut amené à répondre non, toutes les fois que les dispositions du testateur se trouvaient n'être pas conformes à certaines exigences qui furent élevées et consacrées par le préteur dans son administration et dans son édit, et par les centumvirs dans leurs arrêts.

Je pense que, dès l'abord, il y a lieu de mettre à part le cas où le testateur avait passé sous silence un de ses *sui*, existant lors de la confection du testament. Il était libre de déshériter ce *suus*, qu'il pouvait, dans le principe, vendre et même tuer[1]. Mais il ne devait

---

[1] Paul rappelle ce droit et il a parfaitement raison, quoi qu'on en dise. *Supra*, § 4, 22, 23.

pas l'omettre : pour dépouiller le *suus* de son expectative naturelle, il fallait un acte de volonté exprès.

D'ailleurs, un oubli aussi extraordinaire était de nature à faire douter du sérieux, de la consistance, de la lucidité de la volonté manifestée.

Il fallait annuler, tout au moins corriger cette volonté.

Ceci fut appliqué par le préteur à sa classe des *liberi*.

La question de la volonté se posait naturellement lorsqu'un enfant du testateur était né après la mort de son père, sans que celui-ci eût su la grossesse. Ce posthume n'était pas mentionné dans le testament; il l'aurait été sans doute s'il eût été déjà né lors de la confection. Devait-il pâtir de l'ignorance du testateur, dureté flagrante, préjudiciable aux intérêts de la famille? — De même, si le posthume était né du vivant du testateur, mais après la confection du testament; le testateur, il est vrai, aurait pu changer ce testament et il ne l'avait pas fait, mais on était certainement autorisé à douter que le testament représentât bien sa véritable volonté dernière. D'où la règle, reçue déjà du temps de Cicéron, que la naissance d'un posthume casse le testament : *agnatione postumi rumpi testamentum*.

Enfin, si le testament exprime une dernière volonté contraire à l'affection qu'on doit supposer à toute personne raisonnable pour ses proches qui n'ont pas démérité, cette dernière volonté contraire à l'affection naturelle ne saurait être considérée comme sérieuse, et l'on

admet que, lorsqu'il l'a manifestée, le testateur n'avait pas ou n'avait plus la pleine jouissance de ses facultés. L'idée morale de l'affection naturelle est devenue prédominante sous les empereurs chrétiens ; Justinien l'a consacrée directement et définitivement.

Le développement que nous venons d'indiquer a été lent et graduel. Les premières restrictions matérielles de l'antique liberté étaient du ressort de la morale plutôt que du ressort du droit. Avec le temps, elles sont devenues légales.

Les restrictions exposées dans les paragraphes qui suivent ne concernent pas, en général, le testament du militaire.

SECTION PREMIERE.

LA PRÉTÉRITION.

---

§ 29. — *Prétérition civile et exhérédation.*

ADOLF SCHMIDT, *Das formelle Recht der Notherben*. Leipzig, 1862. MUENDERLOH, *Aus dem Rechte der Quiriten* IV. MAYNZ, § 451, 452. ARNDTS, § 598. BRINZ, § 173-176. DANZ, § 161-179. KELLER, § 508-510. PUCHTA, § 486, 487. TEWES, § 126, 127. VANGEROW, § 468-473. VERING, p. 376. WINDSCHEID, § 575-577.

1. Les personnes qui étaient *sui* du testateur au moment de la confection du testament devaient être ou bien instituées en bonne et due forme, *rite instituti*, ou bien exhérédées en bonne et due forme, *rite exheredati*.

Cette règle est ancienne, autant peut-être que le testament privé, dont elle est, en quelque sorte, la justification à l'égard de la famille.

L'institution pouvait ne porter que sur une part minime. En principe, elle ne pouvait pas être conditionnelle, sauf toutefois la condition *si voluerit*; plus tard, on admit qu'il y avait exhérédation si la condi-

tion faisait défaut. A part ce cas, l'exhérédation devait être expresse et totale, *ab omnibus gradibus et a tota hereditate;* l'exhérédation conditionnelle était valable seulement lorsqu'il s'y joignait une institution expresse en cas de non-accomplissement de la condition. Le fils *suus* devait être exhérédé nominativement, c'est-à-dire tout au moins avec désignation spéciale ; les autres *sui* pouvaient être exhérédés en bloc, *inter ceteros*. — En général, on prononce, dans le doute, contre l'exhérédation : *Exheredationes non sunt adjuvandæ.*

2. En cas d'omission, de *prétérition*, d'un *fils suus*, le testament était nul et il y avait lieu à la succession ab intestat. Ceci est absolu; il en serait ainsi même si le fils était mort avant le père. Telle était l'opinion des Sabiniens ; les Proculiens, moins rigoureux, jugeaient le testament invalidé dans un cas seulement, savoir, lorsqu'il existait un fils *suus* prétérit à la mort du testateur. L'opinion des Sabiniens a prévalu. — L'héritier ab intestat intentait une pétition d'hérédité, à laquelle on a donné le nom de *querela nullitatis juris antiqui* ou *veteris*.

3. La prétérition d'un *suus* autre que le fils donnait lieu, en droit classique, à une succession *contra tabulas*. Le testament n'était point nul : on le rectifiait. On faisait au prétérit sa part, en l'adjoignant aux institués. Cette part variait selon la qualité de ceux-ci; s'ils étaient *sui*, c'était une part virile ; s'ils étaient *extranei*, c'était la moitié de la succession : *Præteritus accrescit suis in partem virilem, extraneis in partem dimidiam.*

Justinien a étendu à tous les *sui* les dispositions relatives au fils *suus*.

Tit. J. *De exheredatione liberorum* II, 13.

Tit. D. *De liberis et postumis instituendis vel exheredandis* XXVIII, 2. *De Bonorum Possessione contra tabulas* XXXVII, 4.

Tit. C. *De liberis præteritis vel exheredatis* VI, 28. *De Bonorum Possessione contra tabulas, quam prætor liberis pollicetur* VI, 12.

Gaius II, 123 : Item qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum vel heredem instituat, vel nominatim exheredet; alioquin si eum silentio præterierit, inutiliter testabitur : adeo quidem, ut nostri præceptores existiment, etiamsi vivo patre filius defunctus sit, neminem heredem ex eo testamento existere posse, scilicet quia statim ab initio non constiterit institutio ; sed diversæ scholæ auctores, si quidem filius mortis patris tempore vivat, sane inpedimento eum esse scriptis heredibus et illum ab intestato heredem fieri confitentur; si vero ante mortem patris interceptus sit, posse ex testamento hereditatem adiri putant, nullo jam filio impedimento; quia scilicet existimant, (*non*) statim ab initio inutiliter fieri testamentum filio præterito. 124. Ceteras vero liberorum personas si præterierit testator, valet testamentum : præteritæ istæ personæ scriptis heredibus in partem adcrescunt, si sui heredes sint, in virilem ; si extranei, in dimidiam : id est, si quis tres verbi gratia filios heredes instituerit et filiam præterierit, filia adcrescendo pro quarta parte fit heres et ea ratione id consequitur quod ab intestato patre mortuo habitura esset; at si extraneos ille heredes instituerit et filiam præterierit, filia adcrescendo ex dimidia parte fit heres. Quæ de filia diximus, eadem et de nepote deque omnibus liberorum personis seu masculini seu feminini sexus, dicta intellegemus. 125. Quid ergo est? licet eæ secundum ea, quæ diximus, scriptis dimidiam partem ... heredibus detrahant, tamen prætor eis contra tabulas

bonorum possessionem promittit, qua ratione extranei heredes a tota hereditate repelluntur : (126) et efficiuntur sine re heredes et hoc jure utebamur, quasi nihil inter feminas et masculos interesset; sed nuper imperator Antoninus significavit rescripto suo, non plus nancisci feminas per bonorum possessionem, quam quod jure adcrescendi consequerentur. Quod in emancipatarum quoque persona observandum, scilicet... (*ut quod*) adcrescendi jure habituræ essent, si in potestate fuissent, id ipsum etiam per bonorum possessionem habeant. 127. Sed si quidem filius a patre exheredetur, nominatim exheredari debet... Nominatim autem exheredari videtur, sive ita exheredetur : TITIUS FILIUS MEUS EXHERES ESTO, sive ita : FILIUS MEUS EXHERES ESTO, non adjecto proprio nomine. Ceteræ vero liberorum personæ vel feminini sexus vel masculini satis inter ceteros exheredantur.

Ulpien XXII, 16 : Ex suis heredibus filius quidem neque heres institutus neque nominatim exheredatus non patitur valere testamentum. 17. Reliquæ vero personæ liberorum, velut filia, nepos, neptis, si præteritæ sint, valet testamentum, quo scriptis heredibus adcrescunt, suis quidem heredibus in partem virilem, extraneis autem in partem dimidiam.

Pr. J. *De exheredatione liberorum* : ... Nec nominatim eas personas (filias vel alios per virilem sexum descendentes liberos, præter filium) exheredare parentibus necesse erat, sed licebat et inter ceteros hoc facere. — § 1. § 4. Adoptivi liberi quamdiu sunt in potestate patris adoptivi, ejusdem juris habentur, cujus sunt justis nuptiis quæsiti : itaque heredes instituendi vel exheredandi sunt secundum ea quæ de naturalibus exposuimus : emancipati vero a patre adoptivo neque jure civili neque quod ad edictum prætoris attinet inter liberos numerantur. Qua ratione accidit, ut ex diverso quod ad naturalem parentem attinet, quamdiu quidem sint in adoptiva familia, extraneorum numero habeantur, ut eos neque heredes instituere neque exheredare necesse sit. Cum vero emancipati fue-

rint ab adoptivo patre, tunc incipiunt in ea causa esse, in qua futuri essent, si ab ipso naturali patre emancipati fuissent. § 5. Sed hæc vetustas introducebat. Nostra vero constitutio [1] inter masculos et feminas in hoc jure nihil interesse existimans, quia utraque persona in hominum procreatione similiter naturæ officio fungitur et lege antiqua duodecim tabularum omnes similiter ad successiones ab intestato vocabantur, quod et prætores postea secuti esse videntur, ideo simplex ac simile jus et in filiis et in filiabus et in ceteris descendentibus per virilem sexum personis non solum natis, sed etiam postumis introduxit, ut omnes, sive sui sive emancipati sunt, et nominatim exheredentur et eundem habeant effectum circa testamenta parentum suorum infirmanda et hereditatem auferendam, quem filii sui vel emancipati habeant; sive jam nati sunt, sive adhuc in utero constituti postea nati sunt. Circa adoptivos autem certam induximus divisionem, quæ constitutioni nostræ [2], quam super adoptivis tulimus, continetur. § 6. Sed si expeditione occupatus miles testamentum faciat et liberos suos jam natos vel postumos nominatim non exheredaverit, sed silentio præterierit non ignorans, an habeat liberos, silentium ejus pro exheredatione nominatim facta valere constitutionibus principum cautum est.

Gaius, L. 30 *De liberis et postumis* : Inter cetera, quæ ad ordinanda testamenta necessario desiderantur, principale jus est de liberis heredibus instituendis vel exheredandis, ne præteritis istis rumpatur testamentum : namque filio, qui in potestate est, præterito rumpitur testamentum.

Marcien, L. 32, même titre : Si filio emancipato exheredato is, qui in potestate est, præteritus sit, ipse quidem emancipatus, si contra tabulas petat, nihil agit, ab intestato autem et suus et emancipatus venient.

Paul, L. 7, même titre : Si filius, qui in potestate est,

[1] L. 4 C. *De liberis præteritis* (531).
[2] L. 10 C. *De adoptionibus* VIII, 48.

præteritus sit et vivo patre decedat, testamentum non valet, nec superius rumpetur, et eo jure utimur.

Justinien, L. 4 C. *De liberis præteritis* (531). Voyez le § 5 aux Institutes transcrit plus haut.

§ 30. — *Les posthumes et quasi-posthumes.*

Auteurs cités au § 29.

1. Dans les deux cas mentionnés plus haut de naissance d'un posthume [1], le testament était cassé, et il y avait succession ab intestat. De même, lorsque celui qui n'était devenu *suus* qu'après la confection du testament était déjà né avant, mais ne se trouvait pas alors sous la puissance immédiate du testateur; on disait de lui qu'il était *loco postumi, quasi agnascendo.*

Pour parer à cette éventualité de la cassation, on a tempéré graduellement et finalement à peu près supprimé l'impossibilité primitive de l'institution des posthumes [2]. Les institutions suivantes ont été admises successivement :

D'abord, celle du posthume né après la mort, lequel, s'il eût vécu déjà lors de la confection, aurait été *suus* à ce moment. Exemple : le testateur institue l'enfant dont sa femme est enceinte, et l'enfant naît après la mort du testateur; l'institution est valable; on appelle ce posthume *postumus legitimus.*

Puis, l'institution du posthume né après la mort, lequel, s'il eût vécu déjà lors de la confection, n'aurait

---

[1] *Supra*, § 28.

[2] *Supra*, § 17.

pas été *suus* à ce moment, mais aurait été seulement sous la puissance médiate du testateur. Ainsi, un petit-fils conçu déjà lors de la confection, mais né après la mort du *De Cujus*, d'un fils qui est mort avant son père après la confection. Cette extension est due au célèbre jurisconsulte Aquilius Gallus, d'où le nom de *posthume aquilien* donné à ce posthume [3].

En troisième lieu, par une nouvelle extension qui est due à la loi *Junia Vellæa*, est institué valablement celui qui est né *suus* avant la mort du testateur, mais après la confection du testament, ainsi que celui qui, déjà né lors de la confection, n'est devenu *suus* qu'après. Ce sont les *posthumes velléens* [4].

Cette disposition de la loi *Junia Vellæa* fut étendue par Julien à celui qui est né sous la puissance du testateur, mais non encore *suus*, après la confection du testament. Ce posthume d'une quatrième espèce a reçu le nom de *posthume salvien* ou *posthume de Julien* [5].

Le résultat de ce développement, c'est que la survenance d'un posthume ne casse le testament que si ce posthume n'est ni *rite institutus*, ni *rite exheredatus*. Il y a alors, comme dans le cas du précédent paragraphe, *nullitas juris antiqui* et pétition d'hérédité ab intestat.

2. Il est probable que d'ancienneté le posthume a pu

---

[3] Sur Aquilius Gallus, voyez l'*Introduction historique*, § 56.
[4] Sur la loi *Junia Vellæa* (27), *Introduction historique*, § 122.
[5] Sur Julien, *Introduction historique*, § 131 et 133.

être exhérédé [6]. A l'époque classique, tout posthume du sexe masculin l'était nominativement, tandis que les posthumes du sexe féminin pouvaient être exhérédées *inter ceteros*. Justinien a exigé, d'une manière générale et quel que soit le sexe, une exhérédation nominative.

Titres des Institutes et des Pandectes cités au § 29. Tit. C. *De postumis heredibus instituendis vel exheredandis* VI, 29.

Gaius II, 130 : Postumi quoque liberi nominatim (*heredes insti*) tui debent vel exheredari. 138. Si quis post factum testamentum adoptaverit sibi filium aut per populum eum, qui sui juris est, aut per prætorem eum, qui in potestate parentis fuerit, omni modo testamentum ejus rumpitur quasi agnatione sui heredis. 139. Idem juris est, si cui post factum testamentum uxor in manum conveniat, vel quæ in manu fuit, nubat : nam eo modo filiæ loco esse incipit et quasi sua. 140. Nec prodest sive hæc, sive ille, qui adoptatus est, in eo testamento sit institutus institutave : nam de exheredatione ejus supervacuum videtur quærere, cum testamenti faciundi tempore suorum heredum numero non fuerint. 141. Filius quoque qui ex prima secundave mancipatione manumittitur, quia revertitur in potestatem patriam, rumpitur ante factum testamentum ; nec prodest, in eo testamento hic institutus vel exheredatus fuerit. 142. Simile jus olim fuit in ejus persona, cujus nomine ex senatusconsulto erroris causa probatur, quia forte ex peregrina vel Latina, quæ per errorem quasi civis Romana uxor ducta esset, natus esset : nam sive heres institutus esset a parente sive exheredatus, sive vivo patre causa probata sive post mortem ejus, omnimodo quasi adgnatione rumpebat testamentum. 143. Nunc vero ex novo senatus-

---

[6] Les *personæ incertæ* ne pouvaient pas être instituées (*supra*, § 17). Mais il n'est dit nulle part qu'elles n'aient pas pu être exhérédées.

consulto, quod auctore divo Hadriano factum est, si quidem vivo patre causa probatur, æque ut olim omni modo rumpit testamentum : si vero post mortem patris, præteritus quidem rumpit testamentum, si vero heres in eo scriptus est vel exheredatus, non rumpit testamentum, ne scilicet diligenter facta testamenta rescinderentur eo tempore quo jam renovari non possent.

Ulpien XXII, 18 : Postumi quicunque liberi cujuscumque sexus omissi, quod valuit testamentum adgnatione rumpunt. 19. Eos, qui in utero sunt, si nati sui heredes nobis futuri sint, possumus instituere heredes : si quidem post mortem nostram nascantur, ex jure civili; si vero viventibus nobis, ex lege Junia. 21. Postumus filius nominatim exheredandus est; filia postuma ceteræque postumæ feminæ vel nominatim vel inter ceteros, dummodo inter ceteros exheredatis aliquid legetur. 22. Nepotes et pronepotes ceterique masculi postumi præter filium vel nominatim vel inter ceteros cum adjectione legati sunt exheredandi; sed tutius est tamen nominatim eos exheredari, et id observatur magis.

§ 1 J. *De exheredatione liberorum* II, 13 : ... Postumi quoque liberi vel heredes institui debent vel exheredari. Et in eo par omnium conditio est, quod et in filio postumo et in quolibet ex ceteris liberis sive feminini sexus sive masculini præterito valet quidem testamentum, sed postea agnatione postumi vel postumæ rumpitur et ea ratione totum infirmatur : ideoque si mulier, ex qua postumus aut postuma sperabatur, abortum fecerit, nihil impedimentum est scriptis heredibus ad hereditatem adeundam. Sed feminini quidem sexus personæ vel nominatim vel inter ceteros exheredari solebant, dum tamen, si inter ceteros exheredentur, aliquid eis legetur, ne videantur per oblivionem præteritæ esse; masculos vero postumos, id est filium et deinceps, placuit non aliter recte exheredari, nisi nominatim exheredentur, hoc scilicet modo : QUICUMQUE MIHI FILIUS GENITUS FUERIT, EXHERES ESTO. § 2. Postumorum autem loco sunt et hi qui in sui heredis loco suc-

cedendo quasi agnascendo fiunt parentibus sui heredes, ut ecce si quis filium et ex eo nepotem neptemve in potestate habeat, quia filius gradu præcedit, is solus jura sui heredis habet, quamvis nepos quoque et neptis ex eo in eadem potestate sunt : sed si filius ejus vivo eo moriatur aut qualibet alia ratione exeat de potestate ejus, incipit nepos neptisve in ejus locum succedere et eo modo jura suorum heredum quasi adgnatione nanciscuntur. Ne ergo eo modo rumpatur ejus testamentum, sicut ipsum filium vel heredem instituere vel nominatim exheredare debet testator, ne non jure faciat testamentum, ita et nepotem neptemve ex filio necesse est ei vel heredem instituere vel exheredare, ne forte vivo eo filio mortuo succedendo in locum ejus nepos neptisve quasi adgnatione rumpent testamentum. Idque lege Junia Vellaea provisum est, in qua simul exheredationis modus ad similitudinem postumorum demonstratur. — § 5. L. 4 C. *De liberis præteritis*, voyez § 29.

Scævola, L. 29 pr. *De liberis et postumis* XXVIII, 2 : Gallus sic posse institui postumos nepotes induxit : SI FILIUS MEUS VIVO ME MORIETUR, TUNC, SI QUIS MIHI EX EO NEPOS, SIVE QUÆ NEPTIS POST MORTEM MEAM IN DECEM MENSIBUS PROXIMIS, QUIBUS FILIUS MEUS MORERETUR, NATUS, NATA ERIT, HEREDES SUNTO. § 1. Quidam recte admittendum credunt, etiamsi non exprimat de morte filii, sed simpliciter instituat, ut eo casu valeat, qui ex verbis concipi possit. § 2. Idem credendum est, Gallum existimare et de pronepote, ut dicat testator : *Si me vivo nepos decedat, tunc qui ex eo pronepos* et cetera. § 3. Sed et si vivo filio, jam mortuo pronepote (*nepote?*) cujus uxor prægnas essset, testamentum faceret, potest dicere : *Si me vivo filius decedat, tunc qui pronepos*. § 4. Nam, si et filius et nepos vivat, concipere (*conciperet*) : *Utrisque mortuis vivo se, tunc qui pronepos nasceretur?* Quod similiter admittendum est, ita sane, si prius nepos, deinde filius decederet, ne successione testamentum rumperetur.

§ 11. Nunc de lege Vellea videamus. Voluit vivis nobis

natos similiter non rumpere testamentum. § 12. Et videtur primum caput eos spectare, qui, cum nascerentur, sui heredes futuri essent. Et rogo, si filium habeas et nepotem nondum natum tantum ex eo heredem instituas, filius decedat, mox vivo te nepos nascatur? Ex verbis dicendum est, non rumpi testamentum, ut non solum illud primo capite notaverit, si nepos, qui eo tempore instituatur, quo filius non sit, verum et si vivo patre nascatur : quid enim necesse est tempus testamenti faciendi respici, cum satis sit observari id tempus quo nascitur? Nam et si ita verba sunt : *Qui testamentum faciet, is omnis virilis sexus, qui ei suus heres futurus erit*, et cetera [7]. § 13... Sequenti parte succedentes in locum liberorum non vult rumpere testamentum : et ita interpretandum est, ut, si et filiam et nepotem et pronepotem habeas, mortuis utrisque pronepos institutus succedens in sui heredis locum non rumpat. Et bene verba se habent : *Si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit* ad omnes casus pertinentia, quos supplendos in Galli Aquilii sententia diximus : nec solum si nepos vivo patre decedat, nec succedens pronepos eos mortuo rumpat, sed et si supervixit patri ac decedat, dummodo heres institutus sit aut exheredatus. § 15. Ille casus in difficili est si filium habeas et nepotem nondum natum instituas isque nascatur vivo patre suo ac mox pater decedat : non enim suus heres est tempore quo nascatur nec posteriori alii (*posteriore capite?*) succedendo prohiberi videtur rumpere quam qui jam natus erit. Denique et superiore capite ut liceat institui nondum natos, qui cum nascentur sui erunt, permitti (*permittit et?*) posteriore capite non permittit institui, sed vetat rumpi neve ob eam rem minus ratum esset, quod succedit. Porro procedere debet, ut utiliter sit institutus : quod nullo jure potuit qui nondum natus erat. Juliano tamen videretur, duobus quasi capitibus legis commixtis in hoc quoque inducere legem, ne rumpantur testa-

[7] Tout ce passage est évidemment corrompu. Voyez MOMMSEN.

menta. § 16. Quæremus tamen, cum recepta est Juliani sententia, an, si nascatur nepos vivo patre suo, deinde emancipetur, sponte adire possit hereditatem. Quod magis probandum est, nam *ex* emancipatione suus heres fieri non potuit.

Pomponius, L. 10, même titre : Commodissime is qui nondum natus est ita heres instituitur : SIVE VIVO ME SIVE MORTUO NATUS FUERIT, HERES ESTO, aut etiam pure neutrius temporis habita mentione. Si alteruter casus omissus fuerit, eo casu qui omissus sit natus rumpit testamentum, quia hic filius nec sub condicione quidem scriptus heres intellegitur, qui in hunc casum nascitur, qui non est testamento adprehensus.

Papinien, L. 23, même titre : Filio, quem pater post emancipationem a se factam iterum adrogavit, exheredationem antea scriptam nocere dixi : nam in omni fere jure sic observari convenit, ut veri patris adoptivus filius numquam intellegatur, ne imagine naturæ veritas adumbretur (*obumbretur?*), videlicet quod non translatus sed redditus videretur : nec multum puto referre, quod ad propositum attinet, quod loco nepotis filium exheredatum pater adrogavit. § 1. Si Titius heres institutus loco nepotis adoptetur, defuncto postea filio qui pater videbatur, nepotis successione non rumpitur testamentum ab eo qui heres invenitur.

Ulpien, L. 8 § 7 *De bonorum possessione contra tabulas* XXXVII, 4 : Si quis emancipatum filium exheredaverit eumque postea adrogaverit, Papinianus... ait, jura naturalia in eo prævalere : idcirco exheredationem nocere. § 8. Sed in extraneo Marcelli sententiam probat, ut exheredatio ei adrogato postea non noceat.

Paul, L. 132 pr. *De V. O.* XLV, 1 : ... Exheredationem vel emancipationem, res in extraneo ineptas.

Ulpien, L. 3 *De injusto rupto irrito facto testamento* XXVIII, 3 : Postumi per virilem sexum descendentes ad similitudinem filiorum nominatim exheredandi sunt, ne testamentum agnascendo rumpant. § 1. Postumos autem

dicimus eos duntaxat, qui post mortem parentis nascantur. Sed et hi qui post testamentum factum in vita nascuntur, ita demum per legem Velleam rumpere testamentum prohibentur, si nominatim sint exheredati. § 2. Unde etiam ante heredis institutionem vel inter medias heredum institutiones vel inter gradus exheredari possunt : nam divus Marcus decrevit idem in postumo quod in filio servandum, nec ratio diversitatis reddi potest. § 3. Ex his apparet, aliam causam esse filiorum superstitum, aliam posteriorum; illi injustum faciunt, hi rumpunt; illi semper, hi, si nascantur nec inveniant se exheredatos. § 4. Sed et si sit ante hoc aliud testamentum, quo postumus exheredatus sit, placet sive post mortem testatoris nascatur sive vivo testatore, utrumque ruptum esse, et superius per inferius, et inferius per postumum. § 5. Nominatim autem exheredatus postumus videtur, sive ita dixerit : QUICUMQUE MIHI NASCERETUR, sive ita : EX SEIA, sive ita : VENTER EXHERES ESTO. Sed et si dixerit : POSTUMUS EXHERES ESTO, natus vel post mortem vel vivo testato non rumpet.

§ 31. — *La prétérition prétorienne.* Bonorum possessio contra tabulas.

Auteurs cités au § 29. LEIST, *Drei erbrechtliche Lehren* (*Prætorisches Notherbenrecht*). Erlangen, 1875. DANZ, § 179.

1. Sur demande fâite dans un certain délai, le préteur donnait la *bonorum possessio contra tabulas* aux *liberi* prétérits, savoir, outre les *sui*, les posthumes et les quasi-posthumes, aux émancipés et enfants d'émancipés, et à ceux qui leur sont assimilés [1]. Cette possession portait sur la part à laquelle le prétérit aurait

[1] *Supra*, § 24.

eu droit ab intestat. On ne tenait pas compte, pour l'établir, des *liberi* exhérédés en bonne et due forme. Les *liberi* du sexe masculin ne pouvaient être exhérédés que nominativement, ceux du sexe féminin pouvaient l'être *inter ceteros*. Justinien a prescrit pour les deux sexes exhérédation nominative.

2. La *bonorum possessio contra tabulas* laissait subsister divers éléments du testament, savoir : l'exhérédation correctement faite, la substitution pupillaire et, avec réduction éventuelle, les legs et institutions des personnes privilégiées, *conjunctæ personæ*, qui étaient les ascendants et les descendants du testateur, et sa veuve ou sa bru si la libéralité avait trait à la restitution de la dot. Les autres legs et institutions étaient anéantis.

Si, de plusieurs *liberi*, les uns étaient prétérits, les autres institués, la *bonorum possessio contra tabulas* était donnée aux institués comme aux autres, et tous succédaient ensemble ab intestat ; si toutefois les prétérits ne voulaient pas la *bonorum possessio contra tabulas*, les institués recevaient *secundum tabulas* leurs parts testamentaires.

Titres cités au § 29.

Tit. D. *De legatis præstandis contra tabulas bonorum possessione petita* XXXVII, 5.

Gaius II, 125-126. Voyez au § 29. 135. Emancipatos liberos jure civili neque heredes instituere neque exheredare necesse est, quia non sunt sui heredes : sed prætor omnes tam feminini quam masculini sexus, si heredes non instituantur, exheredari jubet, virilis sexus nominatim, femi-

nini nominatim vel inter ceteros : quodsi neque heredes instituti fuerint, neque ita, ut supra diximus, exheredati, prætor promittit eis contra tabulas bonorum possessionem... — 136-137. Voyez plus haut, § 24.

Ulpien XXII, 23 : Emancipatos liberos utriusque sexus quamvis jure civili neque heredes instituere neque exheredare necesse sit, tamen prætor jubet, si non instituantur heredes, exheredari, masculos omnes nominatim, feminas vel inter ceteros; alioquin contra tabulas bonorum possessionem eis pollicetur.

XXVIII, 2 : Contra tabulas bonorum possessio datur liberis vel emancipatis testamento præteritis, licet legitimo jure non ad eos pertineat hereditas. 3. Bonorum possessio contra tabulas liberis tam naturalibus quam adoptivis datur, sed naturalibus quidem etiam emancipatis, non tamen et illis qui in adoptiva familia sunt; adoptivis autem his tantum, qui in potestate manserunt.

§ 4 J. *De exheredatione liberorum. Supra*, § 29. § 9 *De hereditatibus quæ ab intestato* III, 1. *Supra*, § 24. § 12, même titre : Eadem hæc observantur et in ea bonorum possessione, quam contra tabulas testamenti parentis liberis præteritis, id est neque heredibus institutis neque, ut oportet, exheredatis, prætor pollicetur. Nam eos quidem, qui in potestate parentis mortis tempore fuerunt, et emancipatos vocat prætor ad eam bonorum possessionem : eos vero, qui in adoptiva familia fuerunt per hoc tempus, quo naturalis parens moreretur, repellit. Item adoptivos liberos emancipatos ab adoptivo patre sicut ab intestato, ita longe minus contra tabulas testamenti ad bona ejus admittit, quia desinunt in liberorum numero esse.

Ulpien, L. 1 § 6 *De Bonorum Possessione contra tabulas :* Et sui juris factos liberos inducit in bonorum possessionem prætor (sive igitur emancipati sunt, sive alias exierunt de patris potestate, admittuntur ad bonorum possessionem) : sed adoptivi patris non potest : ut enim admitti possit, ex liberis esse eum oportet.

Le même, L. 3, même titre : Non tantum autem ipsi

emancipati admittuntur ad bonorum possessionem, verum etiam hi quoque, qui ex his nati sunt.

Paul, L. 4 § 2, même titre : Ad testamenta feminarum edictum contra tabulas bonorum possessionis non pertinet, quia suos heredes non habent.

Ulpien, L. 3 § 11, même titre : Si quis ex liberis heres scriptus sit, ad contra tabulas bonorum possessionem admitti non debet : cum enim possit secundum tabulas habere possessionem, quo bonum est ei contra tabulas dari? Plane si alias committat edictum, et ipse ad contra tabulas bonorum possessionem admittitur.

Le même, L. 8 § 14, même titre : ... Prætori... propositum est, cum contra tabulas bonorum possessionem dat, eas partes unicuique liberorum tribuere, quas intestato patre mortuo in hereditate habiturus esset, si in potestate mansisset : et ideo sive emancipatus sive is qui in potestate mansit sive in adoptionem datus ex minima parte heres scriptus sit, non redigitur ad eam portionem, ex qua institutus est, sed virilem accipit.

Paul, L. 11 § 1, même titre : Exemplo juris legitimi et bonorum possessio contra tabulas distribuitur : igitur nepotes ex uno filio unam partem habebunt.

Ulpien, L. 14 pr. *De legatis præstandis* : Nonnunquam contra tabulas bonorum possessionem quis habet jure secundum tabulas bonorum possessionis. Ut puta heres institutus est emancipatus filius, alius emancipatus præteritus; institutus accepit contra tabulas bonorum possessionem, præteritus omisit. Apertissimum est, ut cogatur, omnibus perinde legata præstare, atque si commissum edictum non fuisset : nec enim occasio emancipati præteriti debet institutum lucro adficere, cum præteritus jure suo non utatur.

Le même, L. 1 pr., même titre : Hic titulus æquitatem quandam habet naturalem et ad aliquid novam, ut, qui judicia patris rescindunt per contra tabulas bonorum possessionem, ex judicio ejus quibusdam personis legata et fideicommissa præstarent, hoc est liberis et paren-

tibus, uxori nuruique dotis nomine legatum. § 1. Generaliter parentes et liberos prætor excepit nec gradus liberorum parentiumve enumeravit : in infinitum igitur eis præstabitur. Sed nec personas prosecutus est, utrum ex virili sexu an ex feminino descendent. Quisquis igitur ex liberis parentibusque fuerit, ad legati petitionem admittetur, sed ita demum, si jura cognationis sunt inter eos. § 2. Liberos autem etiam eos ad legatorum petitionem admittimus, qui in adoptionem dati sunt vel etiam adoptivi, dummodo maneant liberi. § 3. Postumis liberis legata relicta utique præstabuntur.

Le même, L. 3, même titre : Sed et si mortis causa donationes *sunt in personas exceptas* collatæ, credo tuendæ sunt : si autem excepti non sunt, auferendas eis puto mortis causa donationes. § 1. Liberis autem et parentibus prætor prospexit, non etiam fratri et sorori conservavit legatum.

Le même, L. 5 § 6, même titre : Sed et si portio hereditatis fuerit adscripta ei, qui ex liberis parentibusve est, an ei conservanda sit, ut solent legata? Et Julianus sæpissime scripsit, in portione quoque hereditatis idem quod in legato probandum, cujus sententia rescripto divi Pii comprobata est, cum hereditates non modo honestiore titulo, sed et pleniore onere tribuantur.

Tryphonin, L. 7, même titre : ... Secundum constitutionem divi Pii ad Tuscium Fuscianum (*Matuccium Fuscinum ?*) Numidiæ legatum placuit parentes et liberos heredes quoque institutos tueri usque ad partem virilem exemplo legatorum, ne plus haberent ex institutione tales personæ, quam ad eum perventurum esset, qui contra tabulas bonorum possessionem accepit.

SECTION DEUXIEME.

L'INOFFICIOSITÉ.

---

§ 32. — *Notion. La légitime.*

HARTMANN, *Ueber die Querela inofficiosi testamenti nach classischem Rechte*. Bâle, 1864. SCHMIDT, ouvrage cité au § 29. MAYNZ, § 453, 473. ARNDTS, § 591-593, 603. BRINZ, § 201, 202. DANZ, § 162. KELLER, § 511-515. PUCHTA, § 485-490. TEWES, § 128-132, 142. VANGEROW, § 467, 475, 476, 478-487. VERING, p. 387-395-402. WINDSCHEID, § 578-583.

1. La jurisprudence des centumvirs a créé une notion nouvelle, celle de l'*inofficiosité* [1].

Les centumvirs ont considéré que le testateur a l'obligation morale, *officium pietatis*, de laisser à certains proches parents une partie au moins de ce qu'ils hériteraient de lui ab intestat. S'il manque à cet office, son testament est *inofficieux*. Le lésé, mais le lésé seul,

---

[1] Auguste avait déjà fait un édit *ne pater filium militem exheredaret*. L. 26 *De liberis et postumis* XXVIII, 2.

L'inofficiosité tire son origine non plus d'une réciprocité de droits, mais d'une réciprocité de devoirs : de l'*officium* et non plus du *jus*.

peut l'attaquer comme tel. Et pour autoriser cette attaque, on feint d'admettre qu'au moment où il a testé, le *De Cujus* n'était pas sain d'esprit.

L'inofficiosité suppose parenté tout à fait rapprochée et successibilité ab intestat. Les personnes qui ont ainsi droit à une certaine part de ce qu'elles hériteraient à défaut de testament sont les descendants, les ascendants, les frères et sœurs germains et consanguins.

L'office est réciproque : il faut que le plaignant n'y ait pas manqué lui-même.

Les centumvirs tenaient compte de la qualité de l'institué. Depuis Constantin, on n'écoutait la plainte des frères et sœurs que si le testateur leur avait préféré des personnes indignes, *turpes*.

2. L'office n'est pas violé s'il y a exhérédation dans une intention bienveillante, *bona mente facta*, c'est-à-dire si l'héritier doit être placé, par là, dans une situation plus avantageuse, auquel cas le testament ne peut être attaqué de ce chef[2].

3. La légitime, *legitima portio*, était, du temps des jurisconsultes classiques, d'un quart de la part héréditaire ab intestat, calculée sur l'actif de l'hérédité, déduction faite des dettes, à l'instant de la mort, en tenant compte de tous les héritiers ab intestat, même de ceux qui sont exhérédés justement. Justinien a remplacé cette quotité fixe par une fraction mobile, d'un

---

[2] *Exhérédation officieuse.*

tiers s'il y a quatre héritiers ab intestat ou moins, d'un quart s'il y en a plus ; l'exhérédé ne compte désormais que pour augmenter la légitime [3].

Cette légitime peut être laissée dans n'importe quelle forme, par institution, legs, fidéicommis, donation à cause de mort. Comme c'est un minimum, toute disposition, telle que condition, terme, mode, charge quelconque, qui tendrait à la diminuer, serait nulle et non avenue [4].

Tit. J. *De inofficioso testamento* II, 18. Tit. D. *De inofficioso testamento* V, 2. Tit. C. *De inofficioso testamento* III, 28. Novelle XVIII.

Cicéron, *De oratore* I, 38 : ... Volitare in foro, hærere in jure ac prætorum tribunalibus, judicia privata magnarum rerum obire, in quibus sæpe non de facto, sed de æquitate ac jure certetur, jactare se in causis centumviralibus, in quibus usucapionum, tutelarum, gentilitatum, agnationum, alluvionum, circumluvionum, nexorum, mancipiorum, parietum, luminum, stillicidiorum, testamentorum ruptorum aut ratorum ceterarumque rerum innumerabilium jura versentur, quum omnino, quid suum, quid alienum, quare denique civis aut peregrinus, servus aut liber quispiam sit, ignoret, insignis est impudentiæ.

In Verrem II, 1, 42 : Jure, legibus, auctoritate omnium,

---

[3] *Exheredatus numerum facit ad augendam legitimam.* On a fait les vers suivants :

Quatuor aut infra natis dant jura trientem,
Semissem vero natis dant quinque vel ultra.

[4] C'est à ceci qu'a trait la clause appelée *cautela Socini*, ainsi nommée de Marien Socin le jeune, mort en 1556, qui a soutenu la validité de cette clause dans une de ses consultations. (*Consilia* I, 122.)

qui consulebantur, testamentum P. Annius fecerat, non improbum, non inofficiosum, non inhumanum.

Valère Maxine VII, 7. § 2-5, 8. — 8 § 1 : ... Notæ insaniæ Tuditanus testamento Ofilium instituit heredem; quod Ti. Longus, sanguine proximus, hastæ judicio subvertere frustra conatus est. Magis enim centumviri, quid scriptum esset in testamento, quam quis ea scripsisset, considerandum existimaverunt. § 2 : Afrania tamen cum sorore sua sacramento contendere noluit, testamentumque matris patientia honorare quam judicio convellere satius esse duxit.

Pr. J. *De inofficioso testamento* : Quia plerumque parentes sine causa liberos suos vel exheredant vel omittunt, inductum est, ut de inofficioso testamento agere possint liberi, qui queruntur aut inique se exheredatos aut inique præteritos, hoc colore, quasi non sanæ mentis fuerunt, cum testamentum ordinarent. Sed hoc dicitur, non quasi vere furiosus sit, sed recte quidem fecit testamentum, non autem ex officio pietatis : nam si vere furiosus est, nullum est testamentum. § 1. Non tantum autem liberis permissum est parentum testamentum inofficiosum accusare, verum etiam parentibus liberorum. Soror autem et frater turpibus personis scriptis heredibus ex sacris constitutionibus prælati sunt : non ergo contra omnes heredes agere possunt. Ultra fratres et sorores cognati nullo modo aut agere possunt aut agentes vincere. § 2. Tam autem naturales liberi, quam secundum nostræ constitutionis [5] divisionem adoptati ita demum de inofficioso testamento agere possunt, si nullo alio jure ad bona defuncti venire possunt. Nam qui alio jure veniunt ad totam hereditatem vel partem ejus, de inofficioso agere non possunt. Postumi quoque, qui nullo alio jure venire possunt, de inofficioso agere possunt. § 3. Sed hæc ita accipienda sunt, si nihil eis penitus a testatoribus testamento relictum est. Quod nostra

[5] L. 10 C. *De adoptionibus* VIII, 48.

constitutio [6] ad verecundiam naturæ introduxit. Sin vero quantacumque pars hereditatis vel res eis fuerit relicta, de inofficiosi querela quiescente id quod eis deest usque ad quartam legitimæ partis repletur, licet non fuerit adjectum boni viri arbitratu debere eam repleri. § 6. Igitur quartam quis debet habere, ut de inofficioso testamento agere non possit : sive jure hereditario, sive jure legati vel fideicommissi, vel si mortis causa ei quarta donata fuerit, vel inter vivos in his tantummodo casibus, quorum nostra constitutio mentionem facit, vel aliis modis qui constitutionibus continentur. § 7. Quod autem de quarta diximus, ita intelligendum est, ut, sive unus fuerit sive plures, quibus agere de inofficioso testamento permittitur, una quarta eis dari possit, ut pro rata distribuatur eis, id est pro virili portione quarta.

Marcellus, L. 3 *De inofficioso testamento :* Inofficiosum testamentum dicere, hoc est allegare, quare exheredari vel præteriri non debuerit : quod plerumque accidit, cum falso parentes instimulati liberos suos vel exheredant vel prætereunt.

Le même, L. 5, même titre : ... Et his, qui non ex masculis descendunt, facultas est agendi, cum et de matris testamento agant et obtinere adsidue soleant. Hujus autem verbi De inofficioso vis illa, ut dixi, est docere immerentem se et ideo indigne præteritum vel etiam exheredatione summotum : resque illo colore defenditur apud judicem, ut videatur ille quasi non sanæ mentis fuisse, cum testamentum inique ordinaret.

Ulpien, L. 1, même titre : Sciendum est frequentis esse inofficiosi querellas : omnibus enim tam parentibus quam liberis de inofficioso licet disputare. Cognati enim proprii (*proprie ei?*) qui sunt ultra fratrem, melius facerent, si se sumptibus inanibus non vexarent, cum obtinere spem non haberent.

---

[6] L. 30 C. *De inofficioso testamento* (528).

Le même, L. 29 § 1, même titre : De inofficioso testamento matris spurii quoque filii dicere possunt.

Papinien, L. 15 pr., même titre : Etsi parentibus non debetur filiorum hereditas, propter votum parentum et naturalem erga filios caritatem : turbato tamen ordine mortalitatis non minus parentibus quam liberis pie relinqui debet.

Constantin, L. 27 C. *De inofficioso testamento* (319) : Fratres vel sorores uterini ab inofficiosi actione contra testamentum fratris vel sororis arceantur. Consanguinei autem, durante agnatione vel non, contra testamentum fratris sui vel sororis de inofficioso quæstionem movere possunt, si scripti heredes infamiæ vel turpitudinis vel levis notæ macula adsperguntur, vel liberti, qui perperam et non bene merentes maximisque beneficiis suum patronum assecuti, instituti sunt, excepto servo necessario herede instituto.

Ulpien, L. 18 *De liberis et postumis* XXVIII, 2 : Multi non notæ causa exheredant filios, nec ut eis obsint, sed ut eis consulant, ut puta impuberibus, eisque fideicommissam hereditatem dant.

Tryphonin, L. 16 § 2 *De curatoribus furioso* XXVII, 10 : Potuit tamen pater et alias providere nepotibus suis, si eos jussisset heredes esse et exheredasset filium, eique, quod sufficeret, alimentorum nomine ab eis centum legasset, addita causa necessitateque judicii sui.

Ulpien, L. 12 § 2 *De bonis libertorum* XXXVIII, 2 : Si quis non mala mente parentis exheredatus sit, sed alia ex causa, exheredatio ipsi non nocet. Ut puta pone furoris causa exheredatum esse, vel ideo, quia impubes erat, heredemque institutum rogatum ei restituere hereditatem.

Ulpien, L. 8 § 8 *De inofficioso testamento* : Quoniam autem quarta debitæ portionis sufficit ad excludendam querellam, videndum erit an exheredatus partem faciat qui non queritur : ut puta sumus duo filii exheredati. Et utique faciet, ut Papinianus respondit, et si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere. Proinde si sint ex duobus filiis nepotes, ex uno plures, tres puta,

ex uno unus : unicum sescuncia, unum ex illis semuncia querella excludit. § 9. Quarta autem accipietur scilicet deducto ære alieno et funeris impensa...

Justinien, L. 32 C. *De inofficioso testamento* (529) : Quoniam in prioribus sanctionibus illud statuimus, ut, si quid minus legitima portione hic derelictum sit, qui ex antiquis legibus de inofficioso testamento actionem movere poterant, hoc repleatur, ne occasione minoris quantitatis testamentum rescindatur, hoc in præsenti addendum esse censemus, ut, si conditionibus quibusdam vel dilationibus aut aliqua dispositione, moram vel modum vel aliud gravamen introducente, eorum jura qui ad memoratam actionem vocabantur, imminuta esse videantur, ipsa conditio vel dilatio vel alia dispositio, moram vel quodcumque onus introducens, tollatur, et ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset.

Justinien, Novelle XVIII, ch. 1 (536) : ... Si quis unius aut duorum aut trium aut quatuor liberorum pater aut mater sit, non quadrantem solum ipsis relinquat, sed tertiam bonorum partem, hoc est quatuor uncias, eaque mensura sit dicto illi numero definita numerum. Sin vero plures quam quatuor habuerit liberos dimidiam partem totius substantiæ suæ illis relinquat, ut sex unciæ sint omnino quod debetur, et inter singulos triens forte vel semis æqualiter dividatur... Atque hoc in omnibus personis, quibus ab initio antiqua quarta querelæ de inofficioso constituta est, obtineat.

Ulpien, L. 8 § 6 *De inofficioso testamento* : Si quis mortis causa filio donaverit quartam partem ejus quod ad eum esset perventurum, si intestatus pater familias decessisset, puto secure eum testari.

Le même, L. 25, même titre : Si non mortis causa fuerit donatum, sed inter vivos, hac tamen contemplatione, ut in quartam habeatur : potest dici inofficiosi querellam cessare, si quartam in donatione habet, aut si minus habeat, quod deest viri boni arbitratu repleatur : aut certe conferri oportere id quod donatum est.

§ 33. — *Actions du légitimaire lésé.*

HARTMANN, ouvrage cité au § 32. COSTI, *De querela inofficiosæ donationis et dotis*. Berlin, 1858. NEUSTADT, *De querela inofficiosæ donationis*. Breslau, 1869. MAYNZ, § 475. ARNDTS, § 605. BRINZ, § 203. KELLER, § 517. PUCHTA, § 490. TEWES, § 133-136. VANGEROW, § 478-481. VERING, p. 402-415. WINDSCHEID, § 584-586.

1. Le légitimaire lésé avait à sa disposition, suivant les cas :

La plainte pour testament inofficieux, *querela inofficiosi* (*testamenti*), en rescision du testament et ouverture de la succession ab intestat ;

L'action supplétoire, introduite par Justinien, en complément de part.

Les empereurs ont créé, en outre, une plainte pour dot ou donation inofficieuse, *querela inofficiosæ dotis vel donationis*, pour faire rescinder ces libéralités entre vifs.

2. La plainte d'inofficiosité est *vindictam spirans*[1]. Son fondement est la qualité d'héritier légitimaire, et le manquement du testateur à l'office de piété. Le légitimaire qui l'intente sans succès perd tous les avantages à lui faits par le testament[2]. La plainte se prescrit en cinq ans à partir de l'adition. Elle est essentiellement subsidiaire.

---

[1] Voyez *Introduction historique*, § 153-154.

[2] Cas d'indignité. *Infra*, § 91.

Si, de plusieurs légitimaires lésés, l'un n'intente pas la plainte, les autres peuvent l'intenter pour sa part; c'est là un droit d'accroissement dans la légitime, qui est soumis aux règles du droit d'accroissement dans l'hérédité [3].

Il y a succession dans la plainte; le premier légitimaire renonçant, ou décédé sans l'avoir intentée, ou repoussé pour démérite, est remplacé par le légitimaire de l'ordre ou du degré suivant, conformément aux principes de la succession ab intestat.

L'héritier du légitimaire lésé peut intenter la plainte si son auteur l'a préparée, c'est-à-dire s'il a tout au moins manifesté la volonté de l'intenter. Les héritiers descendants du testateur l'intentent même sans préparation par leur auteur descendant lui-même, si celui-ci est mort avant que l'héritier testamentaire ait fait adition.

La plainte s'intente contre l'héritier testamentaire, contre son héritier, contre ceux qui sont en lieu et place d'héritier, ainsi contre le fidéicommissaire universel [4]. On a vu que lorsque la plainte est intentée par un frère ou sœur du testateur, le défendeur n'est condamné que si c'est une *persona turpis;* le défendeur honnête est

---

[3] *Infra*, § 38.

[4] *Infra*, § 82-83. — Si le défendeur est en possession dans le sens qui sera établi au § 50, il se joint à la plainte une demande en restitution : *hereditatis petitio ex causa inofficiosi.*

Cette matière est controversée. Beaucoup d'auteurs pensent que la plainte d'inofficiosité n'est qu'une pétition d'hérédité qualifiée, subordonnée aux conditions de la pétition d'hérédité.

absous ; il peut arriver ainsi que le testament ne soit rescindé qu'en partie. Le même résultat se produit dans d'autres cas encore, et l'on peut voir ici de véritables exceptions au principe : *Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest* [5].

3. L'action supplétoire n'est pas *vindictam spirans;* c'est une action purement pécuniaire, prescriptible par trente ans, transmissible aux héritiers, activement et passivement, tendant à ce que la légitime soit parfaite.

4. La plainte pour donation inofficieuse suppose une ou plusieurs donations entre vifs, excessives, c'est-à-dire qui ont épuisé le patrimoine au point de ne pas même laisser la légitime qu'aurait eue le légitimaire si le *De Cujus* était décédé lors de la donation. C'est le montant de la fortune à ce moment qui est pris en considération. Il en est de même en cas de plusieurs donations faites à des époques diverses. La plainte est régie par les principes de la plainte d'inofficiosité, sauf l'effet qui est supplétoire.

La plainte pour dot inofficieuse est intentée par le légitimaire lésé contre le mari ou, si le mariage est dissous, contre la personne à qui la dot a été restituée, selon les règles de la plainte pour donation inofficieuse.

Titres cités au § 32.

Tit. C. *De inofficiosis donationibus* III, 29. *De inofficiosis dotibus* III, 30.

---

[5] *Supra*, § 4.

Novelle XCII *De immensis donationibus in liberos collatis.*

L. 3, L. 5 *De inofficioso testamento. Supra* § 32.

Ulpien, L. 8 pr., même titre : Papinianus libro quinto Quæstionum recte scribit, inofficiosi querellam patrem filii sui nomine instituere non posse invito eo : ipsius enim injuria est. Sequenti loco scribit, si filius post adgnitam litis ordinandæ gratia bonorum possessionem decesserit, finitam esse inofficiosi querellam, quæ non patri sed nomine dabatur filii.

Paul, L. 23 § 1, même titre : Si hereditatem ab heredibus institutis exheredati emerunt vel res singulas, scientes eos heredes esse, aut conduxerunt prædia aliudve quid simile fecerunt, vel solverunt heredi quod testatori debebant : judicium defuncti adgnoscere videntur, et a querella excluduntur. §2. Si duo sint filii exheredati et ambo de inofficioso testamento egerunt, et unus postea constituit non agere, pars ejus alteri accrescit; idemque erit et si tempore exclusus sit.

Papinien, L. 14, même titre : Pater filium emancipavit et nepotem ex eo retinuit. Emancipatus, suscepto postea filio, duobus exheredatis, patre præterito, vita decessit. In quæstione de inofficioso testamento, præcedente causa filiorum, patris intentio adhuc pendet. Quodsi contra filios judicatur, pater ad querellam vocatur et suam intentionem implere potest.

Paul, L. 31 pr., même titre : Si is, qui admittitur ad accusationem, nolit aut non possit accusare, an sequens admittatur, videndum est. Et placuit posse, ut fiat successioni locus. § 3... Si legaverit mihi eam rem, quam quis ex eo testamento acceperat : ... si eam adgnoscam, repellar ab accusatione. Quid ergo, si alias voluntatem testatoris probaverim? puta in testamento adscripserim post mortem patris consentire me? Repellendus sum ab accusatione.

Ulpien, L. 6 § 2, même titre : Si quis instituta accusatione inofficiosi decesserit, an ad heredem suum querellam transferat? Papinianus respondit, quod et quibusdam

rescriptis significatur, si post adgnitam bonorum possessionem decesserit, esse successionem accusationis. Et si non petita sit bonorum possessio, jam tamen cœpta controversia vel præparata, vel si cum venit ad movendam inofficiosi querellam decessit, puto ad heredem transire.

Justinien, L. 34 C. *De inofficioso testamento* (530) : Si quis filium suum exheredatum fecerit, alio scripto herede, reliquerit autem ex eo nepotem, vel vivum vel in ventre nurus suæ constitutum, deliberante vero scripto herede filius decesserit, nulla hereditatis petitione eo nomine de inofficioso constituta vel præparata, omne adjutorium nepotem dereliquit... Sed nos... jubemus, in tali specie eadem jura nepoti dari, quæ filius habebat, et si nec præparatio facta est ad inofficiosi querelam instituendam, tamen posse nepotem eandem causam proponere; et si non heres apertissimis probationibus ostenderit, ingratum patrem testatoris circa testatorem fuisse, testamento remoto ab intestato eum vocari, nisi certa quantitas patri ejus minor parte legitima relicta est; tunc etenim secundum novellam nostri numinis constitutionem repletio quartæ partis nepoti superest si qua patri ejus competebat.

Le même, L. 36 § 2 C, même titre (531) : ... In medio tamen tempore, id est a morte quidem testatoris sed ante aditam hereditatem, si decesserit filius, hujusmodi querelam licet se non præparaverit, ad suam posteritatem transmittet; ad extraneos vero heredes tunc tantummodo, quando antiquis libris insertam faciet præparationem.

Ulpien, L. 24 *De inofficioso testamento* : Circa inofficiosi querellam evenire plerumque assolet, ut in una atque eadem causa diversæ sententiæ proferantur. Quid enim si fratre agente heredes scripti diversi juris fuerunt? Quod si fuerit, pro parte testatus, pro parte intestatus decessisse videbitur.

Paul, L. 31 § 1, même titre : Quantum ad inofficiosi liberorum vel parentum querellam pertinet, nihil interest quis sit heres scriptus, ex liberis, an extraneis, vel municipibus.

Papinien, L. 15 § 2, même titre : Filius, qui de inofficiosi actione adversus duos heredes expertus diversas sententias judicum tulit et unum vicit, ab altero superatus est, et debitores convenire et ipse a creditoribus conveniri pro parte potest et corpora vindicare et hereditatem dividere : verum enim est familiæ erciscundæ judicium competere, quia credimus eum legitimum heredem pro parte esse factum : et ideo pars hereditatis in testamento remansit, nec absurdum videtur pro parte intestatum videri.

Ulpien, L. 25 § 1, même titre : Si quis, cum non possit de inofficioso queri, ad querellam admissus pro parte rescindere testamentum temptet et unum sibi heredem eligat, contra quem inofficiosi querellam instituat (*et obtineat* Mommsen), dicendum est, quia testamentum pro parte valet et præcedentes eum personæ exclusæ sunt, cum effectu eum querellam instituisse.

Justinien, L. 30 pr. C. *De inofficioso testamento* (528) : Omnimodo testatorum voluntatibus prospicientes magnam et innumerabilem occasionem subvertendæ eorum dispositionis amputare censemus, et in certis casibus, in quibus de inofficioso defunctorum testamentis vel alio modo subvertendis moveri solebat actio, certa et statuta lege tam mortuis consulere quam liberis eorum vel aliis personis quibus eadem actio competere poterat; ut sive adjiciatur in testamento de adimplenda legitima portione sive non firmum quidem sit testamentum, liceat vero his personis, quæ testamentum quasi inofficiosum vel alio modo subvertendum queri poterant, id, quod minus portione legitima sibi relictum est, adimplendam eam sine ullo gravamine vel mora exigere; si tamen non ingrati legitimis modis arguantur, cum eas scilicet ingratas circa se fuisse testator dixerit. Nam si nullam eorum quasi ingratorum mentionem fecerit, non licebit ejus heredibus ingratos eos nominare et hujusmodi quæstiones introducere. Et hæc quidem de iis personis statuimus, quarum mentionem testantes fecerint, et aliquam eis quantitatem in hereditate vel legato vel fidei-

commisso, licet minorem legitima portione, relinquerint. § 1. Sin vero vel præterierint aliquam eorum personam jam natam vel ante testamentum quidem conceptam, adhuc vero in ventre constitutam, vel exheredatione vel alia eorum mentione facta, nihil eis penitus reliquerint; tunc vetera jura locum habere sancimus, nullam ex præsente promulgatione novationem vel permutationem acceptura.

Paul, L. 87 § 3 *De legatis* II (XXXI) : Imperator Alexander Augustus Claudiano (Claudio?) Juliano præfecto urbi : « *Si liquet tibi, Juliane carissime, aviam intervertendæ inofficiosi querellæ patrimonium suum donationibus in nepotem factis exinanisse, ratio deposcit, id quod donatum est pro dimidia parte revocari.* »

Dioclétien et Maximien, L. 8 pr. C. *De inofficiosis donationibus* III, 29 (294-305) : Si liqueat, matrem tuam intervertendæ quæstionis inofficiosi causa patrimonium suum donationibus in unum filium collatis exhausisse, quum adversus eorum cogitationes, qui consiliis supremum judicium anticipare contendunt et actiones filiorum exhauriunt, aditum querelæ ratio deposcat, quod donatum est, pro ratione quartæ ad instar inofficiosi testamenti convicti diminuetur.

Justinien, Novelle XCII, ch. 1 (539) : Posita igitur a nobis lege in sua virtute manente, illud volumus, ut, si quis donationem immensam in aliquem aut aliquos filiorum fecerit, necessarium habeat in distributione hereditatis tantam unicuique filiorum servare ex lege partem, quanta fuit, priusquam donationem pater in filium aut filios, quos ea honoravit, faceret. Sic enim nihil ulterius in donationibus querentur, qui habent quidem in omni substantia patris quod legitimum est, in tantum autem aucta quantitate, quantum habuit substantia patris antequam donationibus exhauriretur, non valentibus filiis, qui donationibus honorati sunt, dicere, contentos se quidem esse immensis his donationibus, videri autem abstinere paterna hereditate, sed neque cogendis quidem, si contenti sunt donationibus, suscipere hereditatem. Necessitatem autem haben-

tibus omnibus modis complere fratribus, quod hinc differt, secundum quam scripsimus mensuram, ut non minus habeant illi, quod ex legibus eis debetur, propter factam in donationibus immensitatem, dum liceat patri mediocriter sapienti circa omnem prolem etiam iis, qui ab eo potius diliguntur, donare aliquid amplius, et non ceteros filios per immensitatem in illos factam lædere et nostram transcendere intentionem.

Constance, Loi unique C. *De inofficiosis dotibus* (358) : Quum omnia bona a matre tua in dotem dicantur exhausta, concordare legibus promptum est, ut ad exemplum inofficiosi testamenti adversus dotem immodicam exercendæ actionis copia tribuatur et filiis conquerentibus emolumenta debita deferantur.

SECTION TROISIEME.

LE DROIT NOUVEAU.

§ 34. — *Réforme générale de Justinien. La Novelle* CXV.

MAYNZ, § 474-475. ARNDTS, § 592, 598, 604. BRINZ, § 174, 200-203 DANZ, § 163. KELLER, § 521. PUCHTA, § 492-494. TEWES, § 137-141. VANGEROW, § 474, 484, 486. VERING, p. 415-429. WINDSCHEID, § 587-592.

1. On a vu jusqu'à présent deux obligations distinctes : l'obligation purement formelle d'instituer ou d'exhéréder certaines personnes, et l'obligation matérielle de laisser à certaines autres personnes au moins une légitime. Justinien, par la Novelle CXV, de l'an 543, a combiné ces deux obligations, de manière à établir le système suivant :

La notion de la prétérition, limitée auparavant aux *sui* réels et fictifs et aux posthumes, est étendue désormais à tous les descendants et ascendants qui sont appelés ab intestat.

Ces mêmes descendants et ascendants ont droit à la légitime, laquelle doit être laissée par institution.

L'ancienne obligation de ne pas omettre est ainsi transformée en une obligation plus générale d'instituer pour la légitime au moins.

Il n'est permis d'exhéréder que pour certains motifs d'offense, d'ingratitude et d'indignité, exactement spécifiés, au nombre de quatorze pour l'exhérédation de descendants et au nombre de huit pour celle d'ascendants. Le motif doit être exprimé dans l'exhérédation. Si l'exhérédé le conteste, c'est à l'héritier testamentaire qu'incombe la preuve. Si plusieurs motifs sont indiqués, il suffit d'en prouver un seul ; si la preuve du motif indiqué ne peut être fournie, il n'y est point suppléé par celle d'un motif non indiqué. L'exhérédé peut prouver, de son côté, que le motif établi a disparu, par exemple, qu'il y a eu réconciliation et pardon.

Pour que l'exhérédation soit valable, le motif doit avoir existé avant la confection du testament. Le pardon, pour être pris en considération, doit avoir été accordé également avant le testament. Car le testateur qui ne change pas le testament où il a prononcé l'exhérédation n'a pas pardonné sérieusement.

Il va sans dire qu'il n'est plus question désormais de l'exhérédation d'un *infans*, ni de celle d'un *nasciturus*.

2. L'ascendant ou descendant lésé peut demander l'annulation des institutions et l'ouverture de la succession ab intestat. A cette fin, il a une pétition d'hérédité, qu'on désigne sous le nom de *remedium ex Novella* CXV ou de *querela nullitatis juris novi*. Mais c'est seulement par rapport aux institutions (y compris, naturellement, les substitutions vulgaires) que la nullité est

prononcée; les autres dispositions sont maintenues [1].

Justinien, Novelle CXV, ch. 3 : ... Sancimus igitur, non licere penitus patri vel matri, avo vel aviæ, proavo vel proaviæ suum filium, vel filiam, vel ceteros liberos præterire vel exheredes in suo facere testamento, nec si per quamlibet donationem, vel legatum, vel fideicommissum, vel alium quemcumque modum dederint legibus debitam portionem, nisi fortan probabuntur ingrati, et ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerunt testamento... Causas autem justas ingratitudinis has esse decernimus : 1. Si quis parentibus suis manus intulerit. 2. Si gravem et inhonestam injuriam eis ingesserit. 3. Si eos in criminalibus causis accusaverit, quæ non sunt adversus principem sive rem publicam. 4. Si cum maleficis hominibus ut maleficus conversatur. 5. Vel vitæ parentum

---

[1] Le testament est annulé *quoad institutiones*. C'est une nullité *relative;* si le seul lésé ou si tous les lésés s'abstiennent d'attaquer le testament, il reste indubitablement valable. Tel est l'avis, que je crois juste, d'ARNDTS, BLUNTSCHLI, FRANCKE, RUDORFF.

MUEHLENBRUCH admet *annulation* de plein droit par le fait que le lésé survit au testateur.

KELLER, VANGEROW, VERING, SCHMIDT soutiennent qu'il y a nullité *absolue* de plein droit dès le principe; Justinien dit, en effet : *nullam vim habere hujusmodi institutionem sancimus*. BARTOLE et le glossateur MARTIN étaient du même avis.

Un système tout contraire remonte à BULGARE et même à l'épitomateur JULIEN; d'après ce système, c'est l'ancienne plainte en inofficiosité que le légitimaire lésé intente, mais l'effet en est limité désormais aux institutions; c'est la *querela inofficiosi testamenti ex jure novo*. Cette théorie dite de l'*inofficiosité*, admise par les principaux jurisconsultes de l'école française et de l'école hollandaise, a des partisans notables aujourd'hui, M. KOEPPEN, M. BRINZ.

PUCHTA, en partie d'accord avec la pratique allemande et la glose d'ACCURSE, soutient une théorie mixte, d'après laquelle il y a *nullité de droit nouveau* si le testateur n'a point donné de motif légal, et *inofficiosité de droit nouveau* s'il a donné un motif légal qui n'est pas vrai.

suorum per venenum aut alio modo insidiari tentaverit. 6. Si novercæ suæ aut concubinæ patris filius sese immiscuerit. 7. Si delator contra parentes filius extiterit et per suam delationem gravia eos dispendia fecerit sustinere. 8. Si quemlibet de prædictis parentibus inclusum esse contigerit, et liberi ... vel unus ex his in sua eum noluerit fidejussione suscipere ... 9. Si convictus fuerit aliquis liberorum ex eo, quia prohibuit parentes suos condere testamentum. 10. Si præter voluntatem parentum inter arenarios vel mimos sese filius sociaverit et in hac professione permanserit, nisi forsitan etiam parentes ejusdem professionis fuerint. 11. Si alicui ex prædictis parentibus volenti suæ filiæ vel nepti maritum dare et dotem pro ea præstare, illa non consenserit, sed luxuriosam degere vitam elegerit. Si vero usque ad xxv annorum ætatem pervenerit filia et parentes distulerint eam marito copulare, et forsitan ex hoc contigerit in suum corpus eam peccare aut sine consensu parentum marito se, libero tamen, conjungere, hoc ad ingratitudinem filiæ nolumus computari... 12. Si quis de prædictis parentibus furiosus fuerit et ejus liberi, vel quidam ex his aut liberis ei non existentibus alii ejus cognati ... obsequium ei et curam competentem non præbuerint, si quidem a tali sanatus fuerit infirmitate, erit ei potestas, utrum velit negligentem filium vel filios aut cognatos ingratum vel ingratos in suo scribere testamento... 13. Si unum de prædictis parentibus in captivitate detineri contigerit et ejus liberi sive omnes sive unus non festinaverint eum redimere... 14. Si quis de prædictis parentibus orthodoxus constitutus senserit suum filium vel liberos non esse catholicæ fidei nec in sacrosancta ecclesia communicare..., licentiam habeant pro hac maxime causa ingratos eos et exheredes in suo scribere testamento.....

Ch. 4: ... Sancimus itaque, non licere liberis parentes suos præterire, aut quolibet modo rebus propriis, in quibus habent testandi licentiam, eos omnino alienare, nisi causas, quas enumerabimus, in suis testamentis specialiter nominaverint. Has autem esse decernimus : 1. Si parentes ad inte-

ritum vitæ liberos suos tradiderint, citra causam tamen, quæ ad majestatem pertinere cognoscitur. 2. Si venenis aut maleficiis aut alio modo parentes filiorum vitæ insidiati probabuntur. 3. Si pater nurui suæ aut concubinæ filii sui sese immiscuerit. 4. Si parentes filios suos testamentum condere prohibuerint in rebus, in quibus habent testandi licentiam... 5. Si contigerit aut virum uxori suæ ad interitum aut alienationem mentis dare venenum aut uxorem marito vel alio modo alterum vitæ alterius insidiari..., liberis esse licentiam, nihil in suis testamentis de facultatibus suis illi personæ relinquere... 6. Si liberis vel uno ex his in furore constituto parentes eos curare neglexerint... 7. His casibus etiam cladem captivitatis adjungimus... 8. Si quis de prædictis liberis orthodoxus constitutus senserit suum parentem vel parentes non esse catholicæ fidei, hæc et in eorum persona tenere quæ supra de parentibus jussimus.

3. La Novelle n'a pas touché à l'exhérédation officieuse.

Elle ne s'occupe pas des militaires.

L'ancien droit n'a pas été changé en ce qui concerne les frères et sœurs.

L'institution pour une part moindre que la légitime donne lieu, comme auparavant, à l'action supplétoire.

On est loin d'être d'accord sur d'autres points. On se demande, notamment, si les conditions énoncées plus haut touchant l'exhérédation des *sui* et des émancipés [1] sont encore requises, conjointement avec l'indication du motif, ou si cette indication suffit. En d'autres termes : la Novelle a-t-elle transformé complétement le droit de l'exhérédation des descendants et ascendants,

[1] *Supra*, § 29-31.

en abrogeant les anciennes dispositions et distinctions, ou l'a-t-elle seulement modifié, en ajoutant des conditions nouvelles? Deux systèmes principaux se trouvent ainsi en présence : celui de la *dérogation* et celui de la *correction* ou *addition*. Le premier, plus radical, mais simple et clair, l'emporte dans la théorie moderne sur le second, qui paraît cependant plus conforme aux principes généraux. Cette controverse n'offre, dans les pays de droit français, aucun intérêt pratique [2].

§ 35. — *Légitimes extraordinaires.*

ADOLF SCHMIDT, *Das Pflichttheilsrecht des Patrons und des Parens manumissor*, 1868. MAYNZ, § 475. ARNDTS, § 606-607. DANZ, § 162-179. KELLER, § 522-524. PUCHTA, § 487-562. TEWES, § 143. VANGEROW, § 252, 487, 488. VERING, p. 394-395. WINDSCHEID, § 574, 593.

1. Lorsqu'un affranchi était mort sans laisser d'enfants héritiers, son patron avait droit, avant Justinien, à la moitié de la succession, depuis Justinien au tiers. Il pouvait attaquer, par les actions *Favienne* et *Calvisienne*, les donations à cause de mort qui entamaient cette légitime et les aliénations faites en fraude de son

---

[2] On appelle aussi le système de la *dérogation* système de la *réforme* ou de l'*exclusion*, et celui de la *correction* ou *addition* système de l'*exhérédation*. Tous ces noms pourraient être mieux choisis.

On cite, de part et d'autre, d'imposantes autorités ; de part et d'autre aussi, l'on invoque la pratique moderne du droit commun. Je mentionne, pour la *dérogation*, BLUNTSCHLI, FRANCKE, ARNDTS, BRINZ, KOEPPEN, WINDSCHEID et, avec des nuances diverses, MUEHLENBRUCH et PUCHTA; pour la *correction*, VANGEROW et VERING.

droit. Si une partie de la légitime lui était laissée, il avait l'action supplétoire.

Tit. D. *Si quid in fraudem patroni factum sit* XXXVIII, 5. Paul III, 3 *De formula fabiana.*

2. Le père, quasi-patron de son enfant émancipé, avait la légitime du patron, mais non les actions Favienne et Calvisienne. Ce droit d'hérédité quasi-patronal a été supprimé par Justinien [1].

Tit. D. *Si a parente quis manumissus sit* XXXVII, 12.

3. On doit classer parmi les légitimes extraordinaires le droit de la veuve indigente, mentionné au § 26.

4. Lorsque l'*adrogator* d'un impubère émancipe l'adrogé, il doit lui rendre son patrimoine; et, de plus, si l'émancipation a lieu sans justes motifs, lui donner un quart de sa propre fortune, comme dédommagement de la perte du droit d'hérédité. Cette légitime, créée par une constitution d'Antonin le Pieux, est appelée *quarta divi Pii*. L'émancipé la réclame des héritiers, comme dette de la succession, par une action personnelle.

Gaius II, 102: Item impuberem apud populum adoptari aliquando prohibitum est, aliquando permissum est : nunc ex epistola optimi imperatoris Antonini, quam scripsit pontificibus, si justa causa adoptionis esse videbitur, cum quibusdam conditionibus permissum est...

§ 3 J. *De adoptionibus* I, 11 : Cum autem impubes per

[1] Ceci est controversé. La Novelle CXV ne fait pas mention du droit quasi-patronal. La pratique ne le connaît plus.

principale rescriptum adrogatur, causa cognita adrogatio permittitur et exquiritur causa adrogationis, an honesta sit expediatque pupillo, et cum quibusdam conditionibus adrogatio fit, id est ut caveat adrogator personæ publicæ, hoc est tabulario, si intra pubertatem pupillus decesserit, restituturum se bona illis, qui, si adoptio facta non esset, ad successionem ejus venturi essent. Item non alias emancipare eos potest adrogator, nisi causa cognita digni emancipatione fuerint et tunc sua bona eis reddat. Sed et si decedens pater eum exheredaverit vel vivus sine justa causa eum emancipaverit, jubetur quartam partem ei suorum bonorum relinquere, videlicet præter bona, quæ ad patrem adoptivum transtulit et quorum commodum ei transtulit postea.

Ulpien, L. 1 § 21 *De collatione bonorum* XXXVII, 6 : Si impubere adrogato secundum divi Pii rescriptum quarta debetur, videndum est, an, si patris naturalis bonorum possessionem petat, conferre quartam debeat? Quæstio in eo est, an heredi suo relinquat quartæ actionem, an non. Et magis est, ut ad heredem transferat, quia personalis actio est.

Le même, L. 8 § 15 *De inofficioso testamento* V, 2 : Si quis impubes adrogatus sit ex his personis, quæ et extra adoptionem et emancipationem queri de inofficioso possunt, hunc puto removendum a querela, quum habeat quartam ex constitutione divi Pii. Quod si egit, nec obtinuit, an quartam perdat? Et puto, aut non admittendum ad inofficiosum, aut, si admittatur, et si non obtinuerit, quartam ei quasi æs alienum concedendam.

CHAPITRE V.

TRANSMISSION ET CESSION DE L'HÉRÉDITÉ DÉFÉRÉE.
DROIT D'ACCROISSEMENT.
ENVOIS EN POSSESSION PROVISOIRE A PROPOS D'HÉRÉDITÉ.

CHAPITRE V.

TRANSMISSION ET CESSION DE L'HÉRÉDITÉ DÉFÉRÉE. DROIT D'ACCROISSEMENT. ENVOIS EN POSSESSION PROVISOIRE A PROPOS D'HÉRÉDITÉ.

---

§ 36. — *Les transmissions.*

WOLFF, *De transmissione Theodosiana.* Marbourg, 1853. WIEDING, *Die Transmission Justinians.* Leipzig 1859; article *Transmissionsfälle* dans l'Encyclopédie de Holtzendorff. MAYNZ, § 480. ARNDTS, § 512. BRINZ, § 195. KELLER, *Institutionen,* § 314. *Pandekten,* § 528. PUCHTA, § 502-504. TEWES, § 56-57. VANGEROW, § 491. VERING, p. 502-509. WINDSCHEID, § 600.

1. La délation ne donne pas à l'appelé un droit patrimonial, mais seulement la faculté d'acquérir la succession déférée. Cette faculté est toute personnelle; si l'appelé meurt sans en avoir fait usage, ses héritiers n'ont, comme tels, aucun droit quelconque à l'exercer, sauf, le cas échéant, à titre de restitution en entier.

Il est clair que le *suus* transmet à son héritier l'hérédité qu'il a acquise de plein droit.

Justinien, L. un. § 5 C. *De caducis tollendis* VI, 51 : Hereditatem etenim, nisi fuerit adita, transmitti nec veteres concedebant nec nos patimur.

Ulpien, L. 6 *De in integrum restitutionibus* IV, 1 : Non solum minoris, verum eorum quoque qui rei publicæ causa abfuerunt, item omnium qui ipsi potuerunt restitui in integrum, successores in integrum restitui... Sive igitur heres sit, sive is cui hereditas restituta est, sive filii familias militis successor, in integrum restitui poterit...

Papinien, L. 86 pr. *De A. vel O. H.* XXIX, 2 : Pannonius Avitus, cum in Cilicia procuraret, heres institutus ante vita decesserat, quam heredem se institutum cognosceret; heredes Aviti ex persona defuncti restitutionem in integrum implorabant. Quæ stricto jure non competiit, quia intra diem aditionis Avitus abiisset. Divum tamen Pium contra constituisse, Mæcianus refert in eo, qui legationis causa Romæ erat, et, in filio, qui matris delatam possessionem absens omiserat, sine respectu ejus distinctionis restitutionem locum habere. Quod et hic humanitatis gratia obtinendum est.

Dioclétien et Maximien, L. 8 C. *De suis et legitimis* VI, 55 (294-305) : Apud hostes patre defuncto, filia communis vobis, quo casu mortis scientia non postulatur, heres extitit sua et ad te transmittit successionem.

Tryphonin, L. 19 § 2 *De castrensi peculio* XLIX, 17 : Filius familias paganus de peculio castrensi fecit testamentum, et, dum ignorat patri se suum heredem extitisse, decessit. Non potest videri pro castrensibus bonis testatus, pro paternis intestatus decessisse, quamvis etiam id in milite etiam nunc rescriptum sit... Necessario ergo castrensis peculii heres scriptus universa bona habebit.

Septime Sévère et Caracalla, L. 1 C. *De restitutionibus militum* II, 51 (197) : Si Valerianus, centurio cohortis duodecimæ Alpinorum, ante vita decessit, quam bonorum possessionem acciperet, heres ejus ex persona defuncti restitutionis auxilium intra annum utilem ita recte implorabit, si Valerianus post exactos dies, quibus bonorum possessio defertur in militia defunctus est.

Dioclétien et Maximien, L. 4 C. *Qui admitti ad bonorum possessionem possunt* VI, 9 (294-305) : Emancipata si non

agnovit intra annum UNDE LIBERI bonorum possessionem, nullam ad heredes vindicationem successionis transmittere potuit.

Le principe de la non-transmissibilité, maintenu en théorie, a été, par le fait, modifié assez radicalement sous les empereurs chrétiens [1].

2. Théodose II et Valentinien III introduisirent une première *transmission* du droit de faire adition d'hérédité, en statuant que ce droit ou cette faculté devait désormais se transmettre au décès de l'appelé enfant; non pas, à la vérité, à l'héritier de l'enfant, mais au père, comme tel, et lors même qu'il n'aurait pas eu sur l'enfant la puissance paternelle. On dit, dans ce cas, qu'il y a *transmissio ex capite infantiæ*.

Les mêmes empereurs statuèrent que, dans un cas, la délation serait transmise aux héritiers de l'appelé, comme tels. Ce cas est le suivant : un descendant du testateur, institué dans le testament, est mort avant l'ouverture; ses descendants qui ne répudient pas sa succession peuvent faire adition comme il aurait fait.

On a réuni les deux transmissions susmentionnées sous le nom de *transmissions théodosiennes ;* la seconde

[1] Déjà, en droit classique, on peut voir un acheminement vers la transmission dans les cas des lois 3 § 30-32 et 4 *De senatusconsulto Silaniano* XXIX, 5 ; des lois 4 § 3 et 5 *De bonorum possessione contra tabulas* XXXVII, 4; de la loi 12 *De Carboniano Edicto* XXXVII, 10 ; des lois 6 § 1 et 42 § 3 *De Bonis libertorum* XXXVIII, 2; enfin dans le cas de la loi 1 § 1 *Ad senatusconsultum Tertullianum et Orphitianum* XXXVIII, 17. Le Code autrichien consacre le principe de la transmissibilité. Voyez UNGER, § 36. La question ne se pose pas là où *le mort saisit le vif.* FŒRSTER, § 268. ARNTZ I, § 1381-1384.

a reçu aussi le nom spécial de transmission *ex jure sanguinis*.

Théodose et Valentinien, L. 18 C. *De jure deliberandi* VI, 30 (426) : Si infanti, id est minori septem annis, in potestate patris vel avi vel proavi constituto vel constitutæ, hereditas sit derelicta vel ab intestato delata a matre, vel linea, ex qua mater descendit, vel aliis quibuscumque personis, licebit parentibus ejus, sub quorum potestate est, adire ejus nomine hereditatem vel bonorum possessionem petere. § 1. Sed si hoc parens neglexerit, et in memorata ætate infans decesserit, tunc parentem quidem superstitem omnia, ex quacunque successione ad eum infantem devoluta, jure patrio quasi jam infanti quæsita capere. § 3... Ea vero, quæ de infante in potestate parentum constituto statuimus, locum habebunt, et si quacunque causa sui juris idem infans inveniatur.

Les mêmes, L. un. C. *De his qui ante apertas tabulas hereditatem transmittant* VI, 52 (450) : Per hanc jubemus sanctionem, in posterum filios seu filias, nepotes aut neptes, pronepotes aut proneptes a patre vel matre, avo vel avia, proavo vel proavia scriptos heredes, licet non sint invicem substituti, seu cum extraneis, seu soli sint instituti, et ante apertas tabulas defuncti, sive se noverint scriptos heredes, sive ignoraverint, in liberos suos, cujuscumque sint sexus vel gradus, derelictam sibi hereditariam portionem posse transmittere, memoratasque personas, si tamen hereditatem non recusant, nulla hujusmodi præscriptione obstante, sibi tanquam debitam vindicare; quod scilicet etiam super legatis seu fideicommissis a patre vel a matre, avo vel avia, proavo vel proavia derelictis locum habet; si quidem perindignum est, fortuitas ob causas vel casus humanos nepotes aut neptes, pronepotes aut proneptes avita vel proavita successione fraudari, aliosque adversus avitum vel proavitum desiderium vel institutum insperato legati commodo vel hereditatis gaudere. Habeant vero solatium tristitiæ suæ, quibus est meritis consulendum.

3. Justinien, tout en déclarant maintenir le principe de l'intransmissibilité, a généralisé la dérogation à ce principe par constitution de l'an 529. Désormais, si l'appelé meurt avant d'avoir accepté ou refusé et si, lors de son décès, un an ne s'est pas encore écoulé à partir du moment où il a eu connaissance de la délation, ses héritiers peuvent faire adition à leur profit jusqu'à l'expiration du délai prémentionné.

Justinien, L. 19 C. *De jure deliberandi* VI, 30 (529) : Quum in antiquioribus legibus et præcipue in quæstionibus Julii Pauli invenimus, filios familias paternam hereditatem deliberantes posse et in suam posteritatem hanc transmittere, et aliis quibusdam adjectis, quæ in hujusmodi personis præcipua sunt, eam deliberationem et in omnes successores sive cognatos sive extraneos duximus esse protelandam. Ideoque sancimus, si quis vel ex testamento vel ab intestato vocatus deliberationem meruerit, vel si hoc quidem non fecerit, non tamen successioni renuntiaverit, ut ex hac causa deliberare videatur, sed nec aliquid gesserit, quod aditionem vel pro herede gestionem inducat, prædictum arbitrium in suam successionem transmittat, ita tamen, ut unius anni spatio eadem transmissio fuerit conclusa. Et sic quidem is, qui sciens hereditatem vel ab intestato vel ex testamento sibi esse delatam, deliberatione minime petita, intra annale tempus decesserit, hoc jus ad suam successionem intra annale tempus extendat. Si enim ipse, postquam testamentum fuerit insinuatum, vel ab intestato vel ex testamento vel aliter ei cognitum sit, heredem eum vocatum esse, annali tempore translapso nihil fecerit, ex quo vel adeundam vel renunciandam hereditatem manifestaverit, is cum successione sua ab hujusmodi beneficio excludatur. Sin autem instanti annali tempore decesserit, reliquum tempus pro adeunda hereditate suis successoribus sine aliqua dubietate relinquat, quo completo

nec heredibus ejus alius regressus in hereditatem habendam servabitur.

Novelle CLVIII (545) : Supplicatio nobis innotuit Theclæ, quæ etiam Mano vocatur, quæ declarat, Theclam quandam vitam finisse relicta filia Sergia impuberem ætatem agente; quum vero vix sedecim dies matri supervixisset, filiam obiisse ex contagione illa, quæ nuper homines invasit, et sororem quidem, quæ nobis supplicavit, se patri Sergiæ fuisse dicit, Cosmam autem Theclæ fratrem hereditatem Sergiæ vindicasse, eoque nomine in jus se vocasse; se vero, ne de iis, quæ se recte non habent, contenderet, Joannem advocatum fori provincialis adiisse, et de legibus, quæ hanc causam respiciant, interrogasse, illumque in scriptis responsum ipsi dedisse, quo declaravit, Sergiæ hereditatem ad ipsam deferri. Ea de causa igitur judicem causæ elegisse ipsum Joannem, Cosmæ partes agente Asclepio scriniario quodam militaris per Orientem magistratus, et protulisse Joannem sententiam contrariam iis, quæ in scriptis responderat, usum ad sententiam suam lege Theodosii piæ memoriæ, quæ dicit, non posse eum, qui nondum septem annos natus sit, maternam hereditatem vindicare, si tutorem non habeat, sed eam illis deferri, quibus competitura erat, si defunctus impubes ad hereditatem a legibus vocatus non esset, neque hæc solum dixisse in sententia, sed etiam effecisse, ut quæ nobis supplicavit pacta sententiæ congruenter faceret eademque ipsa rursus Asclepio, qui pro Cosma causam agebat, nuntiasse; petiit vero a nobis, ne ipsam injuria sic affectam negligeremus, maxime quidem quum etiam lex in Codice, qui a nobis nomen habet, posita sit, quæ jubeat eum, qui fari posset, maternam quoque hereditatem recte acquirere, et rursus aliam legem protulerimus, quæ vult, ut, si quis hereditate sibi delata, antequam eam vindicet, vel contrariam de ea ostendat sententiam, moriatur, ad heredes suos de hac hereditate jus deliberandi transmittat. Legem enim nuper a nobis latam, quæ agnatis et cognatis eundem in hereditatibus locum concedat, in hoc casu locum non habere, quum antiquior sit eo die, ex quo lex valere jussa est.

Sancimus igitur, ut gloria tua, si hæc ita se habere invenerit, supplicanti auxilium ferat, eique legem nostram servet, quæ jus deliberandi illi præbet, quippe Sergia antequam annus præteriret post matrem suam mortua, atque Sergiæ matris hereditatem acquirere volenti eam præbeas. Neque enim quis Theodosii piæ memoriæ nostramque legem in eodem libro positam sibi contrariam esse dicat, quum nihil in eo contrarii positum esse, in constitutione illa affirmaverimus, quam illi præmisimus. Sed obtineat quidem lex nostra in hoc casu, illisque, quæ ei, de quo quæritur, similes sunt, Theodosii vero piæ memoriæ lex obtineat, in quibus annus præteriit, et tempus deliberandi elapsum est. Pacta enim post sententiam conscripta cum libero, qui nec acquirere potuit, inita Cosmæ nullam actionem ad ea, quæ ipsi in iis concessa sunt, dedisse, manifestum est.

§ 37. — *Cessions d'hérédité.*

MAYNZ, § 495. ARNDTS, § 540. BRINZ, § 161. DANZ, § 175. KELLER, *Institutionen*, § 314, 326. *Pandekten*, § 542. PUCHTA, § 503, 521. TEWES, § 81. VANGEROW, § 518. VERING, p. 563-566. WINDSCHEID, § 621.

1. La nature personnelle de la faculté de faire adition s'oppose à la cession entre vifs non moins qu'à la transmission à cause de mort [1].

Aussi la délation testamentaire a-t-elle toujours été tenue pour incessible : le testateur seul a pu déterminer qui sera son successeur à la tête de sa *familia;*

---

[1] En droit commun actuel, la cession d'une hérédité déférée constitue un pacte successoire improprement dit, dont la validité n'est pas douteuse. Droit autrichien, UNGER, § 49. Droit prussien, FŒRSTER, § 277. Droit français, ARNTZ, I, 1391-1396. II, 1092-1100. Code civil 780, 1696-1698.

nul autre ne saurait exercer ce pouvoir souverain. Il est à remarquer, d'ailleurs, que la succession déférée par testament n'appartient aucunement à l'institué; s'il ne l'acquiert pas, elle sera dévolue, en vertu de la loi, à l'héritier légitime.

En revanche, par suite de l'absence dans l'ancien droit d'une *successio graduum et ordinum*, il fut permis à l'agnat, héritier légitime, de céder *in jure* la succession qui lui était déférée. Le cessionnaire entrait en lieu et place du cédant, comme si l'hérédité lui avait été déférée à lui dès le principe; par la cession, où il se posait en demandeur, il devenait héritier; l'agnat cédant ne l'avait jamais été.

Il ne pouvait être question d'une cession de l'hérédité déférée, non acquise, de la part du *suus*, puisque l'hérédité lui était acquise de plein droit [2].

Il n'est plus question d'une cession d'hérédité déférée dans le droit nouveau, où la *successio graduum et ordinum* est généralement admise et où la cession *in jure* n'existe plus.

Gaius II, 34 : Hereditas quoque in jure cessionem tantum recipit. 35. Nam si is, ad quem ab intestato legitimo jure pertinet hereditas, in jure eam alii ante aditionem cedat, id est antequam heres extiterit, proinde fit heres is, cui in jure cesserit, ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset : post obligationem vero si cesserit, nihilo minus ipse heres permanet, et ob id creditoribus tenebitur, debita vero pereunt, eoque modo debitores hereditarii lucrum

[2] Il y avait controverse. Les Proculiens traitaient ce cas comme cession d'hérédité acquise.

faciunt; corpora vero ejus hereditatis proinde transeunt ad eum, cui cessa est hereditas, ac si ei singula in jure cessa fuissent. 36. Testamento autem scriptus heres ante aditam quidem hereditatem in jure cedendo eam alii nihil agit, postea vero quam adierit si cedat, ea accidunt, quæ proxime diximus de eo ad quem ab intestato legitimo jure pertinet hereditas, si post obligationem in jure cedat. 37. Item et de necessariis heredibus diversæ scholæ auctores existimant, quod nihil videtur interesse, utrum aliquis adeundo hereditatem fiat heres, an invitus existat: quod quale sit, suo loco apparebit : sed nostri præceptores putant, nihil agere necessarium heredem, cum in jure cedat hereditatem. — III, 85-87.

Ulpien, XIX, 11 : In jure cedi res etiam incorporales possunt, velut ususfructus et hereditas et tutela legitima libertæ. 12. Hereditas in jure cedítur vel antequam adeatur vel postea quam adita fuerít. 13. Antequam adeatur, in jure cedi potest ab herede legitimo; posteaquam adita est, tam a legitimo quam ab eo, qui testamento heres scriptus est. 14. Si antequam adeatur, hereditas in jure cessa sit, proinde heres fit, cui cessa est, ac si ipse heres legitimus esset... 15.

Le même, L. 4 § 28 *De doli mali et metus exceptione* XLIV, 4 : Si, cum legitima hereditas Cai Sei ad te perveniret et ego essem heres institutus, persuaseris mihi per dolum malum, ne adeam hereditatem, et posteaquam ego repudiavero hereditatem, tu eam Sempronio cesseris pretio accepto, isque a me petet hereditatem, exceptionem doli mali ejus, qui ei cessit, non potest pati.

2. L'hérédité acquise peut être cédée, par vente ou autrement, comme les autres universalités, le pécule, la dot.

L'héritier ne cesse pas de l'être, puisque *semel heres semper heres*. Il reste tenu envers les créanciers et légataires et doit, en conséquence, se faire garantir

de ce chef par l'acquéreur. Il doit faire tradition des choses, cession des créances de la succession ; dans le dernier état du droit, l'acheteur peut poursuivre les débiteurs *utiliter quasi ex jure cesso*. Tous les avantages, tous les gains de la succession doivent être transmis par l'héritier à l'acquéreur, qui s'engage, en revanche, à en supporter les charges. L'héritier est responsable de l'éviction de toute la succession ou d'une part aliquote, mais non de l'éviction ou des défauts des diverses choses qui y sont comprises. L'acquéreur n'est pas au bénéfice du droit d'accroissement.

Dans l'ancien droit, l'héritier promettait expressément à l'acquéreur de lui remettre tout ce qu'il recevrait des débiteurs de la succession, et l'acquéreur promettait, à son tour, à l'héritier de lui rembourser tout ce qu'il serait obligé de payer aux créanciers.

Tit. D. *De hereditate vel actione vendita* XVIII, 4. C. IV, 39.

Gaius II, 252 : Olim autem nec heredis loco erat (fideicommissarius) nec legatarii, sed potius emtoris : tunc enim in usu erat, ei cui restituebatur hereditas nummo uno eam hereditatem dicis causa venire, et quæ stipulationes (inter venditorem hereditatis et emtorem interponi solent, eædem interponebantur) inter heredem et eum cui restituebatur hereditas, id est hoc modo : heres quidem stipulabatur ab eo cui restituebatur hereditas, ut quidquid hereditario nomine condemnatus fuisset, sive quid alias bona fide dedisset, eo nomine indemnis esset, et omnino si quis cum eo hereditario nomine ageret, ut recte defenderetur; ille vero, qui recipiebat hereditatem, invicem stipulabatur, ut si quid ex hereditate ad heredem pervenisset, id sibi resti-

tueretur, ut etiam pateretur eum hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exequi.

Ulpien XXV, 15. — Théophile, ad § 3 J. *De fideicommissariis hereditatibus* II, 23 : Interrogabat enim heres fideicommissarium sic : *Spondesne, fideicommissarie, si quid exigor ab hereditario creditore, illud mihi dare, vel me defendere etiam, molestiisque immunem præstare?* et dicebat fideicommissarius, *Spondeo.* Interrogabat autem et fideicommissarius heres sic : *Spondesne, heres, si quid a debitore hereditario exegeris, hoc mihi dare, vel actiones etiam mihi cedere, ut eas procuratorio nomine movere possim ?...* Et dicebat heres : *Spondeo.*

Paul, L. 14 § 1 *De hereditate vel actione vendita :* Si hereditas venierit, venditor res hereditarias tradere debet : quanta autem hereditas est, nihil interest...

Alexandre Sévère, L. 5 C. *De hereditate vel actione vendita* (224) : Emtor hereditatis actionibus mandatis eo jure uti debet, quo is, cujus persona fungitur, quamvis utiles etiam adversus debitores hereditarios actiones emtori tribui placuit.

Caracalla, L. 2, même titre : Ratio juris postulat, ut creditoribus et legatariis te convenire volentibus, tu respondeas, et cum eo, cui hereditatem venum dedisti, tu experiaris suo ordine. Nam, ut satis tibi detur, sero desideras, quoniam eo tempore, quo venum dabatur hereditas, hoc non est comprehensum. Quamvis enim ea lege emeris, ut creditoribus hereditariis satisfaciat, excipere tamen actiones hereditarias invitus cogi non potest.

Septime Sévère et Caracalla, L. 2 C. *De pactis* II, 3 (202) : Post venditionem hereditatis a te factam, si, creditores contra emtores actiones suas movisse, probare potueris, eosque eas spontanea voluntate suscepisse, exceptione taciti pacti non inutiliter defenderis.

Ulpien, L. 2 *De hereditate vel actione vendita :* Venditor hereditatis satisdare de evictione non debet, cum id inter ementem et vendentem agatur, ut neque amplius neque minus juris emtor habeat, quam apud heredem futurum

esset : plane de facto suo venditor satisdare cogendus est. § 9. Sicuti lucrum omne ad emtorem hereditatis respicit, ita damnum quoque debet ad eundem respicere.

§ 38. — *Droit d'accroissement.*

MAYER, *Das Recht der Anwachsung*, Tubingue, 1835. BAUMEISTER, *Das Anwachsungsrecht*. Tubingue, 1829. DWORZAK, *Beiträge zur Lehre vom* Jus accrescendi, dans la *Vierteljahrsschrift* de HAIMERL. 1861. MACHELARD, *De l'accroissement entre cohéritiers et colégataires*. Paris, 1862. GLASSON, *Du droit d'accroissement*. Paris et Strasbourg, 1862. — MAYNZ, § 486. ARNDTS, § 517-518. BRINZ, § 196. KELLER, § 470, 486. PUCHTA, § 505. TEWES, § 58-59. VANGEROW, § 494-496. VERING, p. 519-526. WINDSCHEID, § 603.

1. Les parts héréditaires ne sont que le résultat inévitable du concours de plusieurs héritiers dans une même succession : *concursus partes facit*. Si ce concours vient à cesser, si, de plusieurs appelés, il n'y en a qu'un seul qui fasse adition, il aura à lui seul la succession entière; si le concours se modifie par le fait que, de plusieurs appelés, l'un ou les uns n'acquièrent pas, ceux qui restent auront la succession entre eux seuls, et leurs parts seront augmentées par la diminution de leur nombre [1].

La part de l'appelé qui ne devient pas héritier est dévolue avec ses charges à ses coappelés héritiers, au prorata de leurs parts héréditaires. On dit que la part du défaillant *accroît* à celles des cohéritiers : *portio cum onere adcrescit*. Si l'un d'eux est mort après adi-

[1] *Supra*, § 1 chiffre 4.

tion, la portion qui lui aurait été dévolue l'est à ses héritiers : *portio portioni, non personæ adcrescit.*

Lorsqu'il y a succession par souches, l'accroissement a lieu dans l'intérieur de la souche, toujours dans la mesure donnée par le fait que *concursus partes facit.*

L'accroissement étant une conséquence nécessaire de la qualité d'héritier s'opère de plein droit, soit dans les successions testamentaires, soit dans les successions *ab intestat*. Le testateur ne peut pas l'interdire, car ce serait contraire à la règle : *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decessisse videtur;* il n'y a d'exception qu'en faveur du militaire [2].

Tit. C. *Quando non petentium partes petentibus adcrescant* VI, 10.

Paul, L. 141 § 1 *De R. J.* I, 17 : Uni duo pro solido heredes esse non possunt.

Celse, L. 80 *De legatis* 3, XXXII : Conjunctim heredes institui aut conjunctim legari hoc est : totam hereditatem et tota legata singulis datam esse, concursu autem partes fieri.

§ 4 J. *De Senatusconsulto Orphitiano* III, 4 : Si ex pluribus legitimis heredibus quidam omiserint hereditatem, vel morte vel alia causa impediti fuerint quominus adeant, reliquis qui adierint adcrescit illorum portio et, licet ante decesserint qui adierint, ad heredes tamen eorum pertinet.

Marcien, L. 9 *Si suis et legitimis* XXXVIII, 16 : Si ex pluribus legitimis heredibus quidam omiserint adire hereditatem vel morte vel qua alia ratione impediti fuerint,

[2] Droit germanique, *supra*, § 1, notes 2 et 7. Droit autrichien, UNGER, § 38. Droit prussien, FŒRSTER, § 272. Droit français, Code civil, 1044-1045. ARNTZ, I, 2174-2184.

quominus adeant, reliquis, qui adierint, adcrescit illorum portio et licet decesserint, antequam adcresceret, hoc jus ad heredes eorum pertinet. Alia causa est instituti heredis et coheredi substituti : huic enim vivo defertur ex substitutione hereditas, non etiam, si decesserit, heredem ejus sequitur.

Celse, L. 60 § 3 *De heredibus instituendis* XXVIII, 5 : Cum quis ex institutis, qui non cum aliquo conjunctim institutus sit, heres non est, pars ejus omnibus pro portionibus hereditariis adcrescit, neque refert, primo loco quis institutus an alicui substitutus heres sit.

Gaius, L. 53 § 1 *De A. vel O. H.* XXIX, 2 : Qui semel aliqua ex parte heres extitit, deficientium partes etiam invitus excipit, id est, tacite ei deficientium partes etiam invito adcrescunt.

Paul, L. 37 *De testamento militis* XXIX, 1 : Si duobus a milite liberto scriptis heredibus alter omiserit hereditatem, pro ea parte intestatus videbitur decessisse, quia miles et pro parte testari potest, et competit patrono ab intestato bonorum possessio, nisi si hæc voluntas defuncti probata fuerit, ut omittente altero ad alterum vellet totam redire hereditatem.

2. Le testateur peut empêcher ou, du moins, reculer l'accroissement par des substitutions. Il peut aussi instituer deux ou plusieurs héritiers conjointement, de telle sorte que, si l'un d'eux fait défaut, l'accroissement s'opère en faveur de son conjoint ou de ses conjoints, de préférence aux autres cohéritiers.

On distingue, à ce point de vue, les espèces suivantes :

Première espèce. Deux ou plusieurs héritiers sont institués dans la même phrase et pour une seule et même part. Ils sont donc conjoints à la fois *re*, par la

chose, et *verbis*, par les paroles. Exemple : « *Que Titius soit héritier pour la moitié. Que Gaius et Seius soient héritiers pour l'autre moitié.* » Si Gaius fait défaut, sa part n'accroîtra qu'au seul Seius.

Seconde espèce, conjoints *re tantum*. Les héritiers sont conjoints par la chose seulement, en ces termes : « *Que Titius soit héritier pour une moitié. Que Gaius soit héritier pour l'autre moitié. Que Seius aussi soit héritier pour cette moitié.* » Gaius fait défaut : l'effet sera le même que dans la première espèce.

Troisième espèce. Les héritiers sont institués dans une seule et même phrase, mais sans attribution de parts. « *Que Titius soit héritier. Que Gaius, Seius soient héritiers.* » Ce n'est pas là une conjonction réelle ; il n'y a conjonction qu'en apparence, *verbis tantum*, pour la brièveté du discours. Le résultat est absolument le même que si le testateur avait dit : « *Que Titius soit héritier. Que Gaius soit héritier. Que Seius soit héritier.* » Si Gaius fait défaut, sa part accroîtra à Titius comme à Seius.

Paul, L. 142 *De V. S.* L, 16 : Triplici modo conjunctio intellegitur : aut enim re per se conjunctio contingit, aut re et verbis, aut verbis tantum. Nec dubium est, quin conjuncti sint, quos et nominum et rei complexus jungit, veluti : « *Titius et Mœvius ex parte dimidia heredes sunto,* » vel ita : « *Titius Mœviusque heredes sunto,* » vel : « *Titius cum Mœvio ex parte dimidia heredes sunto.* » Videamus autem, ne etiam si hos articulos detrahas *et, que, cum*, interdum tamen conjunctos accipi oporteat, veluti : « *Titius, Publius, Mœvius ex parte dimidia heredes sunto,* » vel ita : « *Publius Mœvius, Lucius Titius*

heredes sunto. Sempronius ex parte dimidia heres esto, » ut Titius et Mævius veniant in partem dimidiam et re et verbis conjuncti videantur. « *Lucius Titius ex parte dimidia heres esto. Seius ex parte, qua Lucium Titium heredem institui, heres esto. Sempronius ex parte dimidia heres esto.* » Julianus dubitari posse, tres semisses facti sint an Titius in eundem semissem cum Gaio Seio institutus sit. Sed eo, quod Sempronius quoque ex parte dimidia scriptus est, verisimilius esse in eundem semissem duos coactos et conjunctim heredes scriptos esse.

Ulpien, L. 15 pr. *De heredibus instituendis* XXVIII, 5. Pomponius, L. 67, même titre : Si ita quis heredes instituerit : « *Titius heres esto : Gaius et Mævius æquis ex partibus heredes sunto,* » quamvis et syllaba conjunctionem faciat, si quis tamen ex his decedat, non alteri soli pars adcrescit, sed et omnibus coheredibus pro hereditariis portionibus, quia non tam conjunxisse quam celerius dixisse videtur.

Javolène, L. 64, même titre : Heredes sine partibus utrum conjunctim an separatim scribantur, hoc interest, quod, si quis ex conjunctis decessit, non ad omnes, sed ad reliquos qui conjuncti erant pertinet, sin autem ex separatis, ad omnes, qui testamento eodem scripti sunt heredes, portio ejus pertinet.

Justinien, L. un. C. *De caducis tollendis* VI, 51 (534) : His ita definitis, quum in superiore parte nostræ sanctionis in plurimis locis conjuncti fecimus mentionem, necessarium esse duximus omnem inspectionem hujusmodi articuli latius et cum subtiliore tractatu dirimere, ut sit omnibus et hoc apertissime constitutum. Non enim tantum conjunctivo modo quædam relinquuntur, sed etiam disjunctivo. In his itaque, si quidem coheredes sunt omnes conjunctim vel omnes disjunctim vel instituti vel substituti, hoc, quod fuerit quoquo modo vacuatum, si in parte hereditatis vel partibus consistat, aliis coheredibus cum suo gravamine pro hereditaria parte, etiamsi jam defuncti sunt, adquiratur. Et hoc nolentibus ipso jure accrescat, si suas por-

tiones jam agnoverint, quum sit absurdum, ejusdem hereditatis partem quidem agnoscere, partem vero respuere, secundum quod et in divinis nostri numinis decisionibus statutum est. Sin vero quidam ex heredibus institutis vel substitutis permixti sunt, et alii conjunctim alii disjunctim nuncupati, tunc si quidem ex conjunctis aliquis peficiat, hoc omni modo ad solos conjunctos cum suo veniat onere, id est pro parte hereditatis, quæ ad eos pervenit. Sin autem ex his, qui disjunctim scripti sunt, aliquis evanescat, hoc non ad solos disjunctos, sed ad omnes tam conjunctos quam disjunctos similiter cum suo onere pro portione hereditatis perveniat. Hoc ita tam varie, quia conjuncti quidem propter unitatem sermonis quasi in unum corpus redacti sunt, et partem conjunctorum sibi heredum quasi suam præoccupant, disjuncti vero ab ipso testatoris sermone apertissime sunt discreti, et suum quidem habent, alienum autem non soli appetunt, sed cum omnibus coheredibus accipiunt. Et hæc in heredibus tantummodo statuenda sunt.

§ 39. — *Envois en possession provisoire à propos d'hérédité.*

MAYNZ, § 481. ARNDTS, § 536-539. BRINZ, § 204. KELLER, § 550-552. PUCHTA, § 520. TEWES, § 77-80. VANGEROW, § 511. VERING, p. 625-631. WINDSCHEID, § 618-620.

1. Une personne en état de démence ne saurait faire adition, mais son curateur demande la possession des biens et administre pour elle. Si elle meurt sans avoir recouvré la raison, l'hérédité qui lui était déférée l'est aux substitués, à leur défaut aux personnes qui, à ce moment, seraient les plus proches héritiers légitimes du *De Cujus*, enfin au fisc. Si le dément recouvre la raison, il peut faire adition ou refuser.

Tit. D. *De bonorum possessione furioso, infanti, muto, surdo, cœco competente*, XXXVII, 3. Tit. C. *De curatore furiosi vel prodigi* V, 70.

2. L'édit d'un préteur Carbon, de date incertaine, a autorisé les tuteurs d'un enfant impubère du *De Cujus*, auquel d'autres héritiers testamentaires ou légitimes contestent son état, à demander ajournement du jugement jusqu'à sa puberté et lui donne, en attendant, la possession de sa part héréditaire : *Bonorum possessio ex Carboniano edicto*.

Tit. D. *De Carboniano Edicto* XXXVII, 10. *De Carboniano edicto* C. VI, 17.

Ulpien, L. 1 pr. *De Carboniano Edicto* : Si cui controversia fiet, an inter liberos sit et impubes sit, causa cognita perinde possessio datur, ac si nulla de ea re controversia esset, et judicium in tempus pubertatis causa cognita differtur.

3. Lorsqu'un enfant encore à naître, *nasciturus*, est appelé à une succession, la mère peut demander l'envoi en possession du chef du part, *ventris nomine*. Cet envoi n'est jamais refusé à la veuve du *De Cujus*, dont la grossesse est établie avec certitude ou vraisemblance. Il est nommé un *curateur au ventre*, qui est ordinairement aussi l'administrateur des biens. La possession cesse soit à la naissance de l'enfant, soit au moment où il est certain qu'il n'y en aura pas.

Titre D. *De ventre in possessionem mittendo et curatore ejus* XXXVII, 9. *Si ventris nomine muliere in possessionem missa eadem dolo malo ad alium translata esse dicatur* XXV, 5. *Si mulier ventris nomine in possessione*

calumniæ causa esse dicatur XXV, 6. *De inspiciendo ventre* XXV, 4.

4. L'édit d'Hadrien mentionné au § 10, chiffre 4, a donné à l'héritier institué dans un testament extérieurement correct (*prima facie justum*), dûment présenté et publié (*oblatum ut oportuit et publice recitatum*), une action tendant à le faire mettre en possession de toutes les choses corporelles que le testateur possédait au moment de sa mort, à charge par l'institué d'acquitter sur-le-champ l'impôt du vingtième [1]. Justinien, tout en abrogeant l'édit d'Hadrien, a laissé subsister l'action, dont il a réglé les conditions et l'effet. Elle ne s'intente pas contre le possesseur à titre singulier, *pro emtore, pro donato*. Elle procure non la possession proprement dite, mais la détention et la garde (*custodia et observantia*), et assure à l'institué le rôle de défendeur à la pétition d'hérédité.

Tit. C. *De Edicto D. Hadriani tollendo et quemadmodum scriptus heres in possessionem mittatur* VI, 38. *Ubi de hereditate agatur vel ubi heredes scripti in possessionem mitti postulare debeant* III, 20.

---

[1] *Infra*, § 40.

CHAPITRE VI.

ACQUISITION DE LA SUCCESSION UNIVERSELLE.

CHAPITRE VI.

ACQUISITION DE LA SUCCESSION UNIVERSELLE.

SECTION PREMIÈRE.

COMMENT L'ACQUISITION A LIEU.

§ 40. — *Préliminaires de l'acquisition d'une hérédité déférée* ex testamento ; *ouverture et publication du testament. Sénatusconsulte Silanien.*

MAYNZ, § 477. ARNDTS, § 504, 532. KELLER, *Institutionen*, § 310. *Pandekten*, § 498. PUCHTA, § 482. TEWES, § 50. VERING, p. 467-472. WINDSCHEID, § 567.

1. Il n'importe guère, au point de vue de l'acquisition, que la délation provienne de la loi ou d'un testament. Seulement, il y a, dans ce dernier cas, certaines opérations préliminaires, dont il n'est pas question dans le premier.

La loi *Julia de vicesima hereditatum* ordonnait ouverture du testament devant le magistrat, aussitôt

après la mort [1]. Divers rescrits impériaux ont fixé un délai durant lequel le testament doit être remis à l'autorité et ouvert, et diverses formalités : *testamenta quemadmodum aperiantur, inspiciantur, describantur.* Ces prescriptions ont perdu leur importance en droit nouveau.

2. Tant que le testateur vit, le testament est son secret, que nul n'a le droit de connaître. Après sa mort, c'est un document quasi-public que chacun peut demander à voir. Le préteur accordait un interdit spécial *de tabulis exhibendis* aux fins de le faire exhiber, ouvrir, lire, copier.

Les testaments étaient conservés, dans l'origine, dans un temple ou chez un ami, plus tard aux archives du tribunal.

L'ouverture et la lecture se faisaient en justice, en présence des témoins, *signatores*, qui déclaraient reconnaître leurs signatures et leurs cachets. On prenait copie, laquelle était déposée aux archives [2].

Paul IV, 6 *De vicesima*. 1. Tabulæ testamenti aperiuntur hoc modo, ut testes vel maxima pars eorum adhibeatur,

---

[1] La loi *Julia de vicesima hereditatum*, de l'an 6 de notre ère, frappa les successions de l'impôt du vingtième. Caracalla l'éleva au dixième, mais ce ne fut qu'une rigueur momentanée. Cet impôt que PLINE (*Panégyrique* 37-39) appelle *tributum tolerabile et facile heredibus duntaxat extraneis, domesticis grave*, fut aboli par les empereurs chrétiens. Justinien dit à la loi finale *De Edicto D. Hadriani tollendo* VI, 33 : Et vicesima hereditatis ex nostra recessit re publica.

[2] En droit commun actuel, la publication ou homologation du testament privé n'a lieu que si le testateur l'a prescrit ou si les intéressés le demandent.

qui signaverint testamentum, ita ut agnitis signis, rupto lino, aperiatur et recitetur, atque ita describendi exempli fiat potestas, ac deinde signo publico obsignatum in archium redigatur, ut, si quando exemplum ejus interciderit, sit, unde peti possit. 2. Testamenta in municipiis, coloniis, oppidis, præfecturis, vicis, castellis, conciliabulis facta in foro vel basilica præsentibus testibus vel honestis viris inter horam secundam et decimam diei (*aperiri*) recitarique debebunt, exemploque sublato, ab iisdem rursus coram magistratibus obsignari, in quorum præsentia aperta sunt. 2. Qui aliter aut alibi, quam uti lege præcipitur, testamentum aperuerit recitaveritve, pœna sestertiorum quinque milium tenetur. 3. Testamentum lex statim post mortem testatoris aperiri voluit. Et ideo, quamvis sit rescriptis variatum, tamen a præsentibus intra triduum vel quinque dies aperiendæ sunt tabulæ; ab absentibus quoque intra eosdem dies, cum supervenerint : nec enim oportet tam heredibus aut legatariis aut libertatibus, quam necessario vectigali moram fieri.

Tit. D. *Testamenta quemadmodum aperiantur, inspiciantur et describantur* XXIX, 3. Tit. *Quemadmodum testamenta aperiantur et inspiciantur et describantur*. C. VI, 32. Tit. D. *De tabulis exhibendis* XLIII, 5.

Gaius, L. 1 pr. *Testamenta quemadmodum :* Omnibus, quicumque desiderant tabulas testamenti inspicere vel etiam describere, inspiciendi describendique potestatem facturum se prætor pollicetur : quod vel suo vel alieno nomine desideranti tribuere eum manifestum est.

Ulpien, L. 2 pr., même titre : Tabularum testamenti instrumentum non est unius hominis, hoc est heredis, sed universorum, quibus quid illic adscriptum est : quia potius publicum est instrumentum. — L. 3 § 10 *De tabulis exhibendis :* Solent autem exhiberi tabulas desiderare omnes omnino, quidquid in testamento adscriptum habent.

Gaius, L. 3 *Testamenta quemadmodum :* Ipsi tamen heredi vindicatio tabularum sicut ceterarum hereditariarum rerum competit et ob id ad exhibendum quoque agere potest.

Ulpien, L. 4, même titre : Cum ab initio aperiendæ sint tabulæ, prætoris id officium est, ut cogat signatores convenire et sigilla sua recognoscere. Paul, L. 5 : Vel negare se signasse : publice enim expedit, suprema hominum judicia exitum habere.

Ulpien, L. 1 pr. *De tabulis exhibendis :* Prætor ait : *Quas tabulas Lucius Titius ad causam testamenti sui pertinentes reliquisse dicitur, si hæ penes te sunt aut dolo malo tuo factum est, ut desinerent esse, ita eas illi exhibeas. Item si libellus aliudve quid relictum esse dicetur, decreto cómprehendam.* § 2. Hoc interdictum pertinet non tantum ad testamenti tabulas, verum ad omnia, quæ ad causam testamenti pertinent : ut puta et ad codicillos pertinet. § 8. Quid sit exhibere, videamus. Exhibere hoc est materiæ ipsius apprehendendæ copiam facere. § 9. Exhibere autem apud prætorem oportet, ut ex auctoritate ejus signatores admoniti venirent ad recognoscenda signa : et si forte non obtemperent testes, Labeo scribit coerceri eos a prætore debere.

Gesta de aperiundo testamento de l'an 474, à la Bibliothèque nationale de Paris [3] :

Leone jun. patre patriæ Augusto cos. sub die prid. nonar. Novembr. Ravennæ apud *Pompulium Projecticium jun. et Fl. Projectum, et iterum magistratibus præsentibus* Aelio Marino Commodiano jun. Tremodio Victore Popilio Calomnioso et Melminio Cassiano principalibus, Pascasia honesta femina dixit :

« Offero cartam testamenti, *quam mihi Constantius maritus meus commœndandam credidit. Peto,* ut eam suscipi jubeatis, testibus præsentibus ostendi, ut, si signacula vel superscriptiones suas recognoscunt, dignentur edicere; eam resignari præcipiatis, *lignum incidi, aperiri et per ordinem recitari faciatis, quo voluntas defuncti possit agnosci.* »

---

[3] BRUNS, *Fontes juris romani antiqui,* II, 12, 3.

Pompulius Projecticius junior et Fl. Projectus magistratus dixerunt :

« Suscipiatur carta testamenti, quæ offertur; testibus præsentibus ostendatur, ut, si signacula vel superscriptiones *suas recognoscunt, singuli edicere non morentur.* »

Cumque carta testamenti suscepta fuisset et testibus ostensa, Fl. Bonifacius, vir devotus, apparitor in classensis præfecturæ officio dixit :

« Ego in hoc testamento interfui, agnosco anuli mei signaculum et superscriptionem meam, sed et — intrensicus subscribsi.

(De même deux autres témoins, Heraclius et Probacius.)

Et iterum magistratus dixerunt :

« Quid *et de aliis testibus, quorum* signacula hoc testamento infixa *vidimus?* »

Fl. Bonifacius, Proba*cius*, Heraclius vvv. ddd. dixerunt :

« Constat, una nobiscum Simplicium, ... qui mortuus est, Exuperium virum devotum, Pamonium v. d., et Georgio viro devoto, qui absentes sunt, in hoc testamento interfuisse, quorum signacula et superscriptiones recognoscimus. »

Magistratus dixerunt :

« Quoniam de agnitis signaculis vel superscriptionibus testium responsio patefecit, nunc carta testamenti resignetur, linum incidatur, aperia*tur*, et per ordinem reci*tetur*. »

Et inciso lino ex officio recitatum est :

« Fl. Constantius vir honestus, tinctor publicus, procedens sanus sana mente integroque consilio, cogitans conditiones humanas et repentini casus, præsentibus testibus numero competenti in hac cartula testamentum feci, idque scribendum dictavi Domitio Johanni Forensi, cuique, litteras ignorans, subter manu propria signa feci ; quod testamentum meum, si quo casu vel civili vel prætorio vel alia qualibet juris ratione valere non potuerit, etiam ab intestato vice codicellorum meorum valere illud volo, hac

valeat, ratamque hanc voluntatem meam esse cupio et jubeo : Pascasia, honesta femina, jugalis *mea heres mihi esto...* »

3. Lorsque le testateur était mort assassiné, un sénatusconsulte Silanien, de l'an 9, qui fut complété par d'autres sénatusconsultes et par l'Édit, enjoignait d'examiner criminellement les esclaves qui habitaient la maison au moment de la perpétration du crime, et de mettre à mort ceux d'entre eux qui ne réussiraient pas à établir leur innocence. Défense fut faite d'ouvrir le testament avant la clôture de l'enquête, sous peine d'une forte amende et d'indignité [4].

Tit. D. *De senatusconsulto Silaniano et Claudiano : Quorum testamenta ne aperiantur* XXIX, 5. — Tit. C. *De his quibus ut indignis ... et ad senatusconsultum Silanianum* VI, 35.

Paul III, 5 *Ad senatusconsultum Silanianum* 1 : Ex senatusconsulto Silaniano hereditas ejus, qui a familia occisus esse dicitur, ante habitam quæstionem adiri non potest, neque bonorum possessio postulari... 2. Occisus videtur non tantum qui per vim aut per cædem interfectus est, velut jugulatus aut præcipitatus, sed et is, qui veneno necatus dicitur. 4. Qui occisus dicitur, si constet, eum sibi quoquo modo manus intulisse, de familia ejus quæstio non est habenda : nisi forte prohibere potuit nec prohibuit. 9. Habetur de familia quæstio et si heres testatorem occidisse dicatur : nec interest, extraneus an ex liberis sit.

Modestin, L. 19 *De senatusconsulto Silaniano :* Cum dominus occiditur, auxilium ei familia ferre debet et armis et manu et clamoribus et objectu corporis : quod si, cum posset, non tulerit, merito de ea supplicium sumitur.

---

[4] TACITE, *Annales* XIV, 42-45. *Infra*, § 91.

Ulpien, L. 1, même titre : Cum aliter nulla domus tuta esse possit, nisi periculo capitis sui custodiam dominis tam ab domesticis quam ab extraneis præstare servi cogantur, ideo senatusconsulta introducta sunt de publica quæstione a familia necatorum habenda. § 7. Domini appellatione et filius familias ceterique liberi, qui in potestate sunt, continentur... § 8... Ego puto, plenius accipiendum, ut etiam ad eos liberos pertineat, qui in potestate non sunt. § 17. Occisorum appellatione eos contineri Labeo scribit, qui per vim aut cædem sunt interfecti, ut puta jugulatum, strangulatum, præcipitatum vel saxo vel fuste vel lapide percussum vel quo alio telo necatum. § 18. Quod si quis puta veneno vel etiam quo alio, quod clam necare soleat, interemptus sit, ad hoc senatusconsultum vindicta mortis ejus non pertinebit... § 24. Item illud sciendum est, nisi constet aliquem esse occisum, non haberi de familia quætionem : liquere igitur debet scelere interemptum, ut senatusconsulto locus sit.

§ 41. — *Héritiers volontaires, héritiers nécessaires.*

MAYNZ, § 455, 478. ARNDTS, § 511. BRINZ, § 198. KELLER, § 529, 543. PUCHTA, § 500. TEWES, § 52-55. VANGEROW, § 400, 497. VERING, p. 478-483. SCHIRMER, § 6. WINDSCHEID, § 595.

1. On a vu qu'en règle générale la délation ne rend pas héritier, mais donne seulement la faculté de le devenir, la personne appelée étant libre de faire usage de cette faculté ou de n'en pas faire usage. On a vu aussi que, pour certaines personnes dont la succession a un caractère naturel et régulier, l'acquisition a lieu sans acceptation. Ces personnes sont héritières *ipso jure*, c'est-à-dire en vertu du droit civil, de la loi même, par opposition à celles qui ne deviennent héritières que

moyennant un acte de leur volonté. On les appelle *heredes necessarii*, par opposition aux *heredes voluntarii*[1].

Ces héritiers nécessaires sont les *sui*, que l'on qualifie, en conséquence, de *sui et necessarii*. Paul insiste sur ce fait que, du vivant même du testateur, ils étaient considérés en quelque sorte comme déjà maîtres : *quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodam modo domini existimantur ;* il ajoute que c'est moins l'hérédité qu'ils obtiennent, que la libre administration de ce qui était déjà en une certaine mesure à eux[2].

Les esclaves et, dans l'ancien droit, les personnes *in mancipio*, que leur maître a institués, sont aussi nécessaires.

Les esclaves et les *sui* appartenaient à la maison, à la *domus*, au cercle de famille, sur lequel avait régné le défunt, tandis que les héritiers volontaires étaient en dehors de la maison, d'où vient qu'on les désignait aussi par le nom d'*extranei, étrangers*.

2. Entre les esclaves et les *sui* il y a une différence naturelle et fondamentale, qui se traduit ainsi : les esclaves sont forcés de subir les conséquences matérielles de l'hérédité, qu'ils le veuillent ou non ; ce sont

---

[1] *Supra*, § 5 et 23.

[2] *Supra*, § 23. L. 11 *De liberis et postumis* XXVIII, 2, transcrite page 28. L'acquisition de plein droit est un reste de l'ancienne copropriété familiale, comme le principe germanique : *Le mort saisit le vif.*

L'idée de l'adition est plus moderne; elle est consacrée d'une manière absolue par le Code autrichien, qui ne connaît pas d'héritiers nécessaires. UNGER, § 6.

de véritables héritiers forcés [3]. Aux *sui*, au contraire, le préteur accorde, sur demande, et pourvu qu'ils ne se soient nullement immiscés dans la succession, la faculté qu'on nomme le ***bénéfice d'abstention***, ***beneficium abstinendi*** [4].

Tit. J. *De heredum qualitate et differentia* II, 19. D. *De acquirenda vel omittenda hereditate* XXIX, 2. C. *De jure deliberandi et acquirenda vel omittenda hereditate* VI, 30. *De repudianda vel abstinenda hereditate* 31.

Gaius II, 152 (Pr. — § 3 J. h. t.) : Heredes autem aut necessarii dicuntur aut sui et necessarii aut extranei.

153. Necessarius heres est servus cum libertate heres institutus, ideo sic appellatus, quia sive velit sive nolit omni modo post mortem testatoris protinus liber et heres est. 154. Unde qui facultates suas suspectas habet, solet servum primo aut secundo vel etiam ulteriore gradu liberum et heredem instituere, ut si creditoribus satis non fiat, potius hujus heredis quam ipsius testatoris bona veneant, id est, ut ignominia, quæ accidit ex venditione bonorum,

---

[3] Cependant on leur permet de se réserver ce qu'ils ont acquis depuis la mort du *De Cujus*. Gaius II, 155. Ulpien, L. 1 § 18 *De separationibus* XLII, 6 : ... Ita ... necessarium heredem servum cum libertate institutum impetrare posse separationem, scilicet ut, si non attigerit bona patroni, in ea causa sit, ut ei quidquid postea adquisierit, separetur, sed et si quid ei a testatore debetur.

[4] *Infra*, § 41.

On a vu plus haut (§ 18) que le testateur peut transformer un héritier nécessaire en volontaire, en mettant à son institution la condition *si volet*.

La division des *sui* en *mediati* et *immediati* est étrangère au vrai droit romain. La L. 6 § 5 *De A. vel O. H.* ne suffit pas pour la justifier.

Le principe de l'acquisition de plein droit des enfants de famille est encore observé dans la pratique du droit commun.

hunc potius heredem quam ipsum testatorem contingat; quanquam apud Fufidium Sabino placeat eximendum eum esse ignominia, quia non suo vitio sed necessitate juris bonorum venditionem pateretur; sed alio jure utimur. 155. Pro hoc tamen incommodo illud ei commodum præstatur, ut ea, quæ post mortem patroni sibi adquisierit, sive ante bonorum venditionem sive postea, ipsi reserventur; et quamvis pro portione bona venierint, iterum ex hereditaria causa bona ejus non venient, nisi si quid ei ex hereditaria causa fuerit adquisitum... cum ceterorum hominum, quorum bona venierint pro portione, si quid postea adquirant, etiam sæpius eorum bona venire solent.

156. Sui autem et necessarii heredes sunt velut filius filiave, nepos neptisve ex filio, (et) deinceps ceteri qui modo in potestate morientis fuerunt : sed uti nepos neptisve suus heres sit, non sufficit, eum in potestate avi mortis tempore fuisse, sed opus est, ut pater quoque ejus vivo patre suo desierit suus heres esse aut morte interceptus aut qualibet ratione liberatus potestate; tum enim nepos neptisve in locum sui patris succedunt. 157. Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et vivo quoque parente quodam modo domini existimantur; unde etiam si quis intestatus mortuus sit, prima causa est in successione liberorum : necessarii vero ideo dicuntur, quia omni modo, (sive) velint, sive (nolint, tam) ab intestato quam ex testamento heredes fiunt. 158. Sed his prætor permittit abstinere se ab hereditate, ut potius parentis bona veneant. 159. Idem juris est et (in) uxoris persona, quæ in manu est, quia filiæ loco est, et in nuru, quæ in manu filii est, quia neptis loco est. 160. Quin etiam similiter abstinendi potestatem facit prætor etiam ei, qui in causa mancipii est, (si) cum libertate heres institutus sit, quamvis necessarius, non etiam suus heres sit tamquam servus.

161. Ceteri, qui testatoris juri subjecti non sunt, extranei heredes appellantur : itaque liberi quoque nostri qui in potestate nostra non sunt, heredes a nobis instituti sicut extranei videntur; qua de causa et qui a matre heredes

instituuntur, eodem numero sunt, quia feminæ liberos in potestate non habent. Servi quoque, qui cum libertate heredes instituti sunt et postea a domino manumissi, eodem numero habentur. 162. Extraneis autem heredibus deliberandi potestas data est de adeunda hereditate vel non adeunda.

§ 3 J. *De hereditatibus quæ ab intestato* III, 1 : Sui autem etiam ignorantes fiunt heredes et, licet furiosi sint, heredes possunt existere : quia quibus ex causis ignorantibus adquiritur nobis, ex his causis et furiosis adquiri potest. Et statim morte parentis quasi continuatur dominium : et ideo nec tutoris auctoritate opus est in pupillis, cum etiam ignorantibus adquiritur suis heredibus hereditas : nec curatoris consensu adquiritur furioso sed ipso jure.

Dioclétien et Maximien, L. 8 C. *De suis et legitimis* VI, 55 (294-305). *Supra* § 36.

Gaius, L. 14 *De suis et legitimis* XXXVIII, 16 : In suis heredibus aditio non est necessaria, quia statim ipso jure heredes existunt.

§ 42. — *Bénéfice d'abstention.*

Auteurs cités au § 41.

Le *suus et necessarius* qui se fait accorder ce bienfait prétorien en déclarant vouloir s'abstenir de l'hérédité n'en est pas moins héritier, et il le reste, puisqu'il l'est devenu, et que la qualité d'héritier est indélébile [1]. Mais il se désintéresse, par là, des conséquences matérielles de cette qualité, laquelle ne subsiste qu'à l'état

[1] Donc, les substitués et les cohéritiers qui viennent en son lieu et place ne peuvent être, à son égard, que des *Bonorum possessores*. Donc encore, par le fait de l'abstention, le testament n'est point destitué (*infra*, § 86) et les dispositions testamentaires ne sont point infirmées.

théorique. Il ne profite pas des avantages qui y sont attachés et n'en subit pas les inconvénients. Avantages et inconvénients se produisent en faveur et au préjudice de la personne qui a demandé la possession, du substitué, du cohéritier. Pour ce dernier, l'accroissement n'a pas lieu de plein droit, mais seulement s'il le veut[2].

Le bénéfice s'obtient moyennant simple déclaration, sans formalité aucune et sans enquête. Toutefois, le préteur le refuse à l'héritier pubère qui s'est immiscé dans la succession et à celui qui en a diverti des objets.

Les faits qui constituent l'immixtion sont les mêmes que ceux qui constituent pour l'héritier volontaire une adition tacite; on les verra au paragraphe prochain.

Le bénéfice passe aux héritiers du *suus*.

Gaius II, 158. *Supra*, § 41. Ulpien XXII, 24 : Inter necessarios heredes, id est servos cum libertate heredes scriptos, et suos et necessarios, id est, liberos, qui in potestate sunt, jure civili nihil interest : nam utrique etiam inviti heredes sunt. Sed jure prætorio suis et necessariis heredibus abstinere se a parentis hereditate permittitur; necessariis autem tantum heredibus abstinendi potestas non datur.

Gaius, L. 57 pr. *De A. vel O. H.* : Necessariis heredibus non solum impuberibus, sed etiam puberibus abstinendi se ab hereditate Proconsul potestatem facit, ut, quamvis creditoribus hereditariis jure civili teneantur, tamen in eos actio non detur, si velint derelinquere hereditatem. Sed impuberibus quidem, etiamsi se immiscuerint hereditati, præstat abstinendi facultatem, puberibus autem ita si se non immiscuerint. § 1. Sed tamen et puberibus minoribus viginti quinque annis, si temere damnosam hereditatem

---

[2] *Supra*, § 38.

patris appetierint, ex generali edicto quod est de minoribus viginti quinque annis succurrit; cum, et si extranei damnosam hereditatem adierint, ex ea parte edicti in integrum eos restituit.

Pomponius, L. 11, même titre : Impuberibus liberis omnimodo abstinendi potestas fit; puberibus autem, si se non immiscuerint.

Ulpien, L. 12, même titre : Ei qui se non miscuit hereditati paternæ, sive major sit sive minor, non esse necesse Prætorem adire, sed sufficit se non miscuisse hereditati.

Papinien, L. 87 pr., même titre : Eum bonis patris se miscere convenit, qui remoto familiæ vinculo pro herede gerere videtur. Et ideo filius qui tamquam ex bonis matris, cujus hereditatem suscepit, agrum ad hereditatem patris pertinentem ut maternum ignorans possedit, abstinendi consilium, quod in bonis patris tenuit, amisisse (omisisse?) non videtur. § 1. Pupillis, quos placuit oneribus hereditariis esse liberandos, confusas actiones restitui oportet.

Caracalla, L. 1 C. *De repudianda vel abstinenda* (214) : Si paterna hereditate te abstinuisse constiterit, et non ut heredem in domo, sed ut inquilinum vel custodem vel ex alia justa ratione habitasse liquido fuerit probatum, ex persona patris conveniri te, procurator meus prohibebit.

Ulpien, L. 71 § 4 *De A. vel O. H.* : Si quis suus se dicit retinere hereditatem nolle, aliquid autem ex hereditate amoverit, beneficium abstinendi non habebit.

Scévola, L. 44 *De re judicata* XLII, 1 : Ex contractu paterno actum est cum pupilla, tutore auctore, et condemnata est. Postea tutores abstinuerunt eam bonis paternis. Et ita bona defuncti ad substitutum vel ad coheredes pervenerunt...

Ulpien, L. 6 § 2 *De bonis libertorum* XXXVIII, 2 : Si filius liberti heres ab eo institutus abstinuerit, quamvis nomine sit heres, patronus admittitur.

Dioclétien et Maximien, L. 6 C. *De legitimis heredibus* VI, 58 (293-299) : Defunctis, suis extantibus heredibus et abstinentibus vel repudiantibus hereditatem, frater jure consanguinitatis succedere potest.

Ulpien, L. 1 § 7 *Si quis omissa causa* XXIX, 4 : Qui sunt in potestate, statim heredes sunt ex testamento, nec quod se abstinere possunt quidquam facit. Quod si postea miscuerunt, ex testamento videntur heredes, nisi si abstinuerint quidem se testamento, verum ab intestato petierint bonorum possessionem : hic enim incident in edictum.

Paul, L. 7 § 1 *De A. vel O. H.* : Si filius, priusquam sciret, se necessarium extitisse patris heredem, decesserit relicto filio necessario, permittendum est nepoti, abstinere se avi hereditate, quia et patri ejus idem tribueretur.

§ 43. — *Adition et répudiation de l'hérédité.*

Döring, *Die Lehre von der Erwerbung der Erbschaft nach heutigem römischen Rechte*. Zerbst, 1839. Maynz, § 478. Arndts, § 506-509, 517. Brinz, § 199. Keller, § 530. Tewes, § 52. Vangerow, § 498. Vering, p. 483-498. Windscheid, § 596-599.

1. L'adition d'hérédité a lieu par déclaration verbale, laquelle était formelle dans la crétion, mais consiste selon le droit prétorien et nouveau en un simple avis donné au préteur sans aucune formalité.

L'héritier qui fait adition doit être capable de vouloir et de s'engager, car il prend sur lui les dettes et charges [1]; il doit avoir connaissance et conscience de l'hérédité qui lui est déférée, savoir si elle l'est ab intestat ou en vertu d'un testament, et s'il est appelé pour le tout, *ex asse*, ou seulement pour une part, et pour quelle part.

L'adition est indivisible.

Elle ne peut avoir lieu sous condition ni à terme.

---

[1] *Supra*, § 1. *Infra*, § 45, 49.

Elle est essentiellement personnelle, mais la déclaration en peut être faite par mandataire.

Le sujet doit faire adition lui-même, sur l'ordre du père ou maître. Celui-ci peut faire adition pour le sujet *infans*.

Le pupille fait adition avec autorisation de son tuteur; le tuteur fait adition pour l'*infans*. Les personnes morales font adition par leur représentant constitué ou par esclave.

Titres indiqués au § 41.

Paul, L. 19 *De A. vel O. H.* : Qui hereditatem adire vel bonorum possessionem petere volet, certus esse debet, defunctum esse testatorem.

Le même, L. 93 pr., même titre : Pater quotiens filio mandat adire, certus esse debet, an pro parte an ex asse, et an ex institutione an ex substitutione et an testamento an ab intestato filius suus heres existat.

Ulpien, L. 32 pr., même titre : Heres institutus si putet testatorem vivere, quamvis jam defunctus sit, adire hereditatem non potest. § 1. Sed et si scit, se heredem institutum, sed utrum pure an sub condicione ignoret, non poterit adire hereditatem, licet pure heres institutus sit, et sub condicione licet paruerit condicioni. § 2. Sed et si de condicione testatoris incertus sit, pater familias an filius familius sit, non poterit adire hereditatem.

Le même, L. 34 pr., même titre : Sed et si de sua condicione quis dubitet, an filius familias sit, posse eum adquirere hereditatem jam dictum est. Cur autem, si suam ignoret condicionem, adire potest; si testatoris, non potest? Illa ratio est, quod qui condicionem testatoris ignorat, an valeat testamentum dubitat, qui de sua, de testamento certus est. § 1. Sed et si cum esset pure institutus, putavit sub condicione, et impleta condicione, quam injectam (injunc-

tam?) putavit, adiit, an possit adquirere hereditatem? Consequens est dicere, posse eum adire.

Le même, L. 15, même titre : Is, qui putat se necessarium, cum sit voluntarius, non poterit repudiare : nam plus est in opinione, quam in veritate.

Le même, L. 16, même titre : Et e contrario, qui se putat necessarium, voluntarius existere non potest.

Le même, L. 21 § 3, même titre : Si quis partem ex qua institutus est ignoravit, Julianus scribit, nihil ei nocere, quominus pro herede gereret. Quod et Cassius probat, si condicionem, sub qua heres institutus est, non ignorat, si tamen extitit condicio, sub qua substitutus est. Quid tamen, si ignorat condicionem extitisse? Puto posse adire hereditatem, quemadmodum si ignoret, an coheredis, cui substitutus est, repudiatione portio ei delata sit.

Paul, L. 1, même titre : Qui totam hereditatem adquirere potest, is pro parte eam scindendo adire non potest.

Ulpien, L. 2, même titre : Si quis ex pluribus partibus institutus sit, non potest quasdam partes repudiare, quasdam agnoscere.

Paul, L. 80 § 1, même titre : Idem puto etiam, si aliis mixtus heredibus ex pluribus partibus heres institutus sim, quod et hic adeundo unam portionem, omnes adquiro, si tamen delatæ sint.

Africain, L. 51 § 2, même titre : Sed et si quis ita dixerit : *si solvendo hereditas est, adeo hereditatem*, nulla aditio est.

Papinien, L. 77 *De R. J.* L, 17 : Actus legitimi, qui non recipiunt diem vel condicionem, veluti emancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel condicionis adjectionem...

Gaius II, 87 : ... (Quod) liberi nostri quos in potestate habemus, item quod servi nostri mancipio accipiunt vel ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur, vel ex aliqualibet causa adquirunt, id nobis adquiritur : ipse enim ... qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest; et ideo si heres institutus sit, nisi nostro jussu hereditatem adire non potest; et si jubentibus nobis adierit, hereditas

nobis adquiritur proinde atque si nos ipsi heredes instituti essemus; et convenienter scilicet legatum per eos nobis adquiritur.

Ulpien, L. 6 pr. *De A. vel O. H.* : Qui in aliena est potestate, non potest invitum hereditati obligare eum, in cujus est potestate, ne æri alieno pater obligaretur.

Théodose et Valentinien, L. 18 pr. C. *De jure deliberandi* (426) : Si infanti, id est minori septem annis, in potestate patris vel avi vel proavi constituto vel constitutæ hereditas sit derelicta vel ab intestato delata a matre vel linea ex qua mater descendit, vel aliis quibuscumque personis, licebit parentibus ejus, sub quorum potestate est, adire ejus nomine hereditatem vel bonorum possessionem petere.

Marcellus, sur Pomponius, L. 63 *De A. vel O. H.* : Furiosus adquirere sibi commodum hereditatis ex testamento non potest, nisi si necessarius patri aut domino heres existat : per alium autem adquiri ei potest, veluti per servum vel eum quem in potestate habet.

Ulpien, L. 5 § 1, même titre : Eum, cui lege bonis interdicitur, institutum posse adire hereditatem constat.

Paul, L. 9, même titre : Pupillus si fari possit, licet hujus ætatis sit, ut causam adquirendæ hereditatis non intellegat, quamvis non videatur scire hujusmodi ætatis puer (neque enim scire neque decernere talis ætas potest, non magis quam furiosus), tamen cum tutoris auctoritate hereditatem adquirere potest : hoc enim favorabiliter eis præstatur.

Ulpien, L. 49, même titre : Pupillum etiam eo tutore auctore, qui tutelam non gerat, hereditatem adeundo obligari ait.

Le même, L. 8 pr., même titre : More nostræ civitatis neque pupillus neque pupilla sine tutoris auctoritate obligari possunt, hereditas autem quin obliget nos æri alieno, etiamsi non sit solvendo, plus quam manifestum est. De ea autem hereditate loquimur, in qua non succedunt hujusmodi personæ quasi necessariæ. § 1. Impubes qui in alterius potestate est si jussu ejus adierit hereditatem, licet consilii capax non fuerit, ei adquirit hereditatem.

2. L'adition peut avoir lieu sans déclaration expresse, par le fait que l'appelé agit comme un héritier, qu'il gère et se gère en héritier, et prouve par là qu'il entend l'être. Par exemple, il paye des dettes héréditaires, des legs ; il fait des actes de disposition qu'un maître seul fait.

Il ne se gère pas en héritier s'il ne fait que de simples actes d'administration.

Gaius II, 167 : At is qui sine cretione heres institutus sit, aut qui ab intestato legitimo jure ad hereditatem vocatur, potest aut cernendo aut pro herede gerendo vel etiam nuda voluntate suscipiendæ hereditatis heres fieri : eique liberum est quocumque tempore voluerit, adire hereditatem; (sed) solet prætor postulantibus hereditariis creditoribus tempus constituere, intra quod si velit adeat hereditatem, si minus, ut liceat creditoribus bona defuncti vendere.

§ 7 J. *De heredem qualitate et differentia* II, 19 : Item extraneus heres testamento institutus aut ab intestato ad legitimam hereditatem vocatus potest aut pro herede gerendo vel etiam nuda voluntate suscipiendæ hereditatis heres fieri. Pro herede autem gerere quis videtur, si rebus hereditariis tanquam heres utatur vel vendendo res hereditarias aut prædia colendo locandove et quoquo modo si voluntatem suam declaret vel re vel verbis de adeunda hereditate, dummodo sciat eum, in cujus bonis pro herede gerit, testato intestatove obiisse et se ei heredem esse. Pro herede enim gerere est pro domino gerere : veteres enim heredes pro dominis appellabant... Eum, qui mutus vel surdus natus est vel postea factus, nihil prohibet pro herede gerere et adquirere sibi hereditatem, si tamen intelligit quod agitur.

Paul, L. 22 *De A. vel O. H.* : ... Ut quis pro herede gerendo obstringat se hereditati, scire debet, qua ex causa hereditas ad eum pertineat.

3. L'omission ou répudiation de l'hérédité peut, comme l'acquisition, être expresse ou tacite. Elle doit être pure et simple et totale. Elle ne peut avoir lieu qu'après délation : on ne refuse que ce qui est offert.

Gaius II, 169 (§ 7 ad fin. J. *De heredum qualitate et differentia* II, 19) : At is, qui sine cretione heres institutus est, quive ab intestato per legem vocatur, sicut voluntate nuda heres fit, ita et contraria destinatione statim ab hereditate repellitur.

Ulpien, L. 13 § 1 *De A. vel O. H.* : Si quis dubitet, vivat testator necne, repudiando nihil agit.

Le même, L. 17 § 1, même titre : Heres institutus idemque legitimus si quasi institutus repudiaverit, quasi legitimus non amittit hereditatem : sed si quasi legitimus repudiavit, si quidem scit se heredem institutum, credendus est utrumque repudiasse : si ignorat, ad neutrum ei repudiatio nocebit, neque ad testamentariam, quoniam hanc non repudiavit, neque ad legitimam, quoniam nondum ei fuerat delata.

4. L'acceptation et la répudiation sont irrévocables et définitives, sauf restitution en entier du chef de minorité et de contrainte, mais non du chef d'erreur sur le montant de la succession. En cas de restitution contre l'acceptation, le principe *semel heres semper heres* ne permet pas au restitué de dépouiller sa qualité acquise; mais le préteur enlève à cette qualité tout effet [2]. La restitution est aussi accordée au militaire, toujours favorisé [3].

---

[2] On dit, en conséquence, de l'*extraneus* restitué qu'il s'abstient de l'hérédité, exactement comme le *suus* qui se fait accorder le bénéfice d'abstention. L. 7 § 5 et 10, L. 31 *De minoribus* IV, 4.

[3] Justinien, L. 22 pr. § 15 C. *De jure deliberandi.*

Gaius II, 163 (§ 5 J. *De heredum qualitate et differentia* II, 19) : Sed sive is cui abstinendi potestas est, immiscuerit se bonis hereditariis, sive is, cui de adeunda (hereditate) deliberare licet, adierit, postea relinquendæ hereditatis facultatem non habet, nisi si minor sit annorum viginti quinque : nam hujus ætatis hominibus, sicut in ceteris omnibus causis deceptis, ita et si temere damnosam hereditatem susceperint, prætor succurrit. Scio quidem, divum Hadrianum etiam majori viginti quinque annorum veniam dedisse, cum post aditam hereditatem grande æs alienum, quod aditæ hereditatis tempore latebat, apparuisset.

Paul III, 47, 11 : Qui semel constituit ad se hereditatem pertinere ac se rebus ejus immiscuit, repudiare eam non potest, etiam si damnosa sit.

§ 44. — *Acquisition de la* Bonorum Possessio.

MAYNZ, § 456, 478. DANZ, § 176, III. VANGEROW, § 400.

1. On a vu que le préteur fixait un délai pour la demande de la possession des biens; ce délai était de cent jours utiles, comptés dès le jour où l'appelé avait eu connaissance de la délation. La demande avait lieu par écrit; celui qui la faisait exposait au préteur, dans sa requête (*libellus*), son désir et les faits à l'appui [1].

2. La possession n'était accordée, dans le principe, qu'après une enquête portant sur la relation de parenté, si la demande était faite ab intestat, ou sur la production d'un testament au moins extérieurement correct, si la demande était faite *ex testamento*.

Cette enquête devint de plus en plus sommaire et finalement on la supprima. Dès lors, l'octroi de la

---

[1] C'est là ce qu'on appelle indifféremment *petere, postulare, agnoscere, admittere, accipere bonorum possessionem.*

Bonorum Possessio ne consista plus qu'en un acquiescement conditionnel et provisoire à la demande, sans enquête, par un simple rescrit du magistrat (préteur ou président) sur la requête [2]. La *Bonorum Possessio* n'était donc plus accordée par décret rendu en tribunal (*pro tribunali*), mais simplement reconnue en vertu de l'édit (*de plano, ex edicto*); elle n'était plus *decretalis*, mais *edictalis* [3].

Si l'on contestait au requérant le droit prétendu, il en devait fournir la preuve. S'il ne le pouvait, l'octroi était sans effet.

Les empereurs chrétiens ont simplifié, en reconnaissant comme suffisante toute déclaration faite devant n'importe quelle autorité, sous n'importe quelle forme, sans rescrit du magistrat. Il n'est même plus besoin, dans le dernier état du droit, d'une déclaration; la *Bonorum Possessio* s'acquiert dès lors, comme l'hérédité civile, indifféremment par adition ou par gestion.

3. Il y a, cependant, encore en droit nouveau, plusieurs cas de possession décrétale. Ainsi, lorsque l'une des conditions requises par l'édit fait défaut; lorsque l'appelé manque avant d'avoir fait sa déclaration et qu'il y a lieu à restitution en entier (§ 36); ainsi encore, dans les diverses éventualités, prévues au § 39, où le sort définitif de la succession étant encore incertain, il y a lieu de nommer un administrateur provisoire. Le

[2] Le magistrat (préteur, président) écrivait simplement sur la requête : *Do bonorum possessionem.*

[3] La *B. P. decretalis* ne suppose pas nécessairement une enquête. C'est cependant le cas le plus fréquent.

décret rendu, la possession est acquise; une répudiation n'est plus possible.

4. La répudiation ou *omission* de la *Bonorum possessio* a lieu sans forme aucune; elle peut avoir lieu par le simple fait de laisser passer le délai, sans agir ni se déclarer.

§ 9 J. *De Bonorum Possessionibus* III, 9 : Cum igitur plures species successionum prætor introduxisset easque per ordinem disposuisset et in unaquaque specie successionis sæpe plures extent dispari gradu personæ : ne actiones creditorum differantur, sed haberent quos convenierent, et ne facile in possessionem bonorum defuncti mittantur et eo modo sibi consulerent, ideo petendæ bonorum possessioni certum tempus præfinivit. Liberis itaque et parentibus tam naturalibus quam adoptivis in petenda bonorum possessione anni spatium, ceteris centum dierum dedit. § 10. Et si intra hoc tempus aliquis bonorum possessionem non petierit, ejusdem gradus personis adcrescit : vel si nemo sit deinceps, ceteris proinde bonorum possessionem ex successorio edicto pollicetur, ac si is, qui præcedebat, ex eo numero non esset. Si quis itaque delatam sibi bonorum possessionem repudiaverit, non quousque tempus bonorum possessioni præfinitum excesserit expectatur, sed statim ceteri ex eodem edicto admittuntur. § 11. In petenda autem bonorum possessione dies utiles singuli considerantur. § 12. Sed bene anteriores principes et huic causæ providerunt, ne quis pro petenda bonorum possessione curet, sed, quocumque modo si admittentis eam indicium intra statuta tamen tempora ostenderit, plenum habeat earum beneficium.

Théophile, sur le § 10 (traduction Reitz) : Sed olim quidem in petitione consistebant bonorum possessiones, et necesse erat ad prætorem adire ac specialiter dicere : *Da mihi illam bonorum possessionem.*

Dioclétien et Maximien, L. 1 C. *Communia de successio-*

nibus VI, 59 (294-302) : Scire debuisti fratre emancipato potiorem eam, quæ in familia mansit, in alterius emancipati bonis non haberi, sed eos paritur, si solemniter petierint bonorum possessionem, succedere.

Constance, L. 9 C. *Qui admitti ad B. P.* VI, 9 (339?) : Ut verborum inanium excludimus captiones, ita hoc observari decernimus, ut apud quemlibet judicem vel etiam apud duumviros qualiscumque testatio amplectendæ hereditatis ostendatur, statutis prisco jure temporibus coarctanda, eo addito, ut, etiamsi intra alienam vicem, id est prioris gradus, properantius exseratur, nihilominus tamen efficaciam parem, quasi suis sit usa curriculis, consequatur.

Ulpien, L. 3 § 8 *De Bonorum Possessionibus* XXXVII, 1 : Si causa cognita bonorum possessio detur, non alibi dabitur, quam pro tribunali, quia neque decretum de plano interponi, neque causa cognita bonorum possessio alibi quam pro tribunali dari potest.

L'Énantiophanès, scolie sur *Basiliques* XLV, 2. 29 (traduction de Heimbach) : Neque enim omnes decreto et causæ cognitione opus habent. Quædam enim sunt decretales, quædam ordinariæ sive edictales... Ex is enim (legibus) disci potest, decretales esse et magna causæ cognitione indigere eas, quæ jus hereditatis non tribuunt, sed in possessionem mittunt, ut quæ datur ventris nomine, et Carboniana, et quæ furioso datur. Ordinariæ autem sive edictales sunt, hoc est, ex edicto sive jure prætorio competentes, quæ tribuunt jus hereditatis et non indigent causæ cognitione sive varia inquisitione. Denique non sunt in petitione, sed in agnitione.

Ulpien, L. 1 § 7 *De successorio edicto* XXXVIII, 9 : Decretalis bonorum possessio an repudiari possit, videamus. Et quidem diebus finiri potest; sed repudiari eam non posse, verius est, quia nondum delata est, nisi quum fuerit decreta; rursum postea quam decreta est, sera repudiatio est, quia, quod acquisitum est, repudiari non potest.

SECTION DEUXIÈME.

EFFETS DE L'ACQUISITION.

---

§ 45. — *Effet général.* Successio in universum jus defuncti.

MAYNZ, § 483. ARNDTS, § 273, 521, 525. BRINZ, § 156. KELLER, *Institutionen*, § 316. *Pandekten*, § 534. PUCHTA, § 507. TEWES, § 61. VANGEROW, § 501-504. VERING, p. 86-88, 512-514. WINDSCHEID, § 605.

1. L'héritier remplace le défunt dans l'ensemble de ses rapports patrimoniaux, sauf ceux qui sont éteints par la mort [1].

Les biens, les créances, les dettes du défunt sont désormais biens, créances, dettes de l'héritier.

L'héritier profite de l'usucapion commencée par le défunt [2].

Le patrimoine du défunt et celui de l'héritier sont

---

[1] *Supra*, § 1.

[2] Cependant, il n'acquiert la possession que par appréhension. *Supra*, § cité.

confondus en un seul, dont l'origine est indifférente. Les rapports obligatoires qui existaient entre le défunt et l'héritier sont éteints, par confusion, avec leurs accessoires [3]. De même, les servitudes, gages, hypothèques.

En vertu du principe de la continuité, l'effet de l'acquisition date de la mort.

Ulpien, L. 59 *De R. J.* L. 17 : Heredem ejusdem potestatis jurisque esse, cujus fuit defunctus, constat. Pomponius, L. 37 *De A. vel O. H.* XXIX, 2 : *Supra* § 1.

Modestin, L. 196 *De R. J.* L. 17 : Privilegia quædam causæ sunt, quædam personæ. Et ideo ad heredem transmittuntur, quæ causæ sunt : quæ personæ sunt, ad heredem non transeunt.

Ulpien, L. 6 *De operis libertorum* XXXVIII, 1 : Fabriles operæ ceteræque, quæ quasi in pecuniæ præstatione consistunt, ad heredem transeunt, officiales vero non transeunt.

Javolène, L. 23 pr. *De A. vel A. P.* XLI, 2 : Cum heredes instituti sumus, adita hereditate omnia quidem jura ad nos transeunt, possessio tamen nisi naturaliter comprehensa ad nos non pertinet.

Ulpien, L. 2 § 18 *De H. vel A. V.* XVIII, 4 : Cum quis debitori suo heres extitit, confusione creditor esse desinit...

Modestin, L. 75 *De solutionibus* XLVI, 3 : Sicut acceptilatio eum diem præcedentes peremit actiones, ita et confusio : nam si debitor heres creditori exstiterit, confusio hereditatis petitionis peremit actionem (? Mommsen).

---

[3] Il ne faut pas exagérer les effets de cette confusion des patrimoines. Les codébiteurs ne sont pas libérés par le fait que le créancier est devenu héritier de leur codébiteur. Il va sans dire que la dette principale n'est pas atteinte par le fait que le créancier est héritier de la caution ou vice versâ.

Papinien, L. 95 § 2, même titre : Aditio hereditatis nonnumquam jure confundit obligationem, veluti si creditor debitoris vel contra debitor creditoris adierit hereditatem... § 3. Quod vulgo jactatur, fidejussorem, qui debitori heres extitit, ex causa fidejussionis liberari, totiens verum est, quotiens rei plenior promittendi obligatio invenitur. Nam si reus dumtaxat fuit obligatus (naturaliter, fidejussor non liberabitur : si civiliter fuit obligatus), fidejussor liberabitur (Cujas, Mommsen).

Africain, L. 38 § 5, même titre : ... Si idem alium fidejussorem dederit atque ita heredem te instituerit, rectius existimari ait, sublata obligatione ejus, pro quo fidejussum sit, eum quoque qui fidejusserit liberari.

Paul, L. 71 pr. *De fidejussoribus* XLVI, 1 : ... Puto, aditione hereditatis confusione obligationis eximi personam : sed et accessiones ex ejus persona liberari propter illam rationem, quia non possunt pro eodem apud eundem obligati esse, ut, quemadmodum incipere alias non possunt, ita nec remaneant. Igitur alterum reum ejusdem pecuniæ non liberari et per hoc nec fidejussorem vel mandatorem ejus... Quod si creditor fidejussori heres fuerit vel fidejussor creditori, puto convenire, confusione obligationis non liberari reum.

Papinien, L. 50, même titre : Debitori creditor pro parte heres extitit, accepto coherede fidejussore : quod ad ipsius quidem portionem attinet, obligatio ratione confusionis intercidit, aut (quod est verius) solutionis potestate : sed pro parte coheredis obligatio salva est non fidejussoria, sed hereditaria, quoniam major tollit minorem.

Pomponius, L. 9 *Communia prædiorum* VIII, 4 : Si ei, cujus prædium mihi serviebat, heres exstiti et eam hereditatem tibi vendidi, restitui in pristinum statum servitus debet, quia id agitur, ut quasi tu heres videaris exstitisse.

Gaius, L. 1 *Quemadmodum servitutes* VIII, 6 : Servitutes prædiorum confunduntur si idem utriusque prædii dominus esse cœperit.

Paul, L. 18 *De servitutibus* VIII, 1 : In omnibus servi-

tutibus, quæ aditione confusæ sunt, responsum est, doli exceptionem nocituram legatario, si non patiatur eas iterum imponi.

Ulpien, L. 10 § 2 *De vulgari et pupillari* XXVIII, 6 : Filio impuberi heredi instituto substitutus quis est : extitit patri filius heres : an possit substitutus separare hereditates, ut filii habeat, patris non habeat? Non potest; sed aut utriusque debet hereditatem habere; aut neutrius. Juncta enim hereditas cœpit esse.

2. Ce qu'est l'héritier de par le droit civil, le simple possesseur des biens l'est de par le préteur, *tutione prætoris*. Il est *loco heredis*, traité comme s'il était héritier. Le préteur donne les actions héréditaires, comme actions utiles, à lui et contre lui.

Cette situation peut être définitive, parce qu'il ne se présente pas d'héritier civil, ou parce que le simple possesseur des biens, mis en présence de l'héritier civil, l'emporte et conserve le matériel de la succession. On dit alors que la *Bonorum Possessio* est *cum re*. Sinon, elle est *sine re*.

Gaius II, 148 : (Qui igitur) secundum tabulas testamenti, quæ aut statim ab initio non jure factæ sint, aut jure factæ postea ruptæ vel inritæ erunt, bonorum possessionem accipiunt, si modo possunt hereditatem obtinere, habebunt bonorum possessionem cum re; si vero ab iis avocari hereditas potest, habebunt bonorum possessionem sine re. 149. Nam si quis heres jure civili institutus sit vel ex primo vel ex posteriore testamento, vel ab intestato jure legitimo heres sit, is potest ab iis hereditatem avocare; si vero nemo sit alius jure civili heres, ipsi retinere hereditatem possunt. 150-152.

Ulpien XXIII, 6. Voyez plus haut § 10, page 57.

§ 46. — *Le bénéfice d'inventaire.*

MAYNZ, § 479, 484. ARNDTS, § 523. BRINZ, § 158. KELLER, *Institutionen*, § 316, II. *Pandekten*, § 535. PUCHTA, § 508. TEWES, § 62. VERING, p. 517-519. WINDSCHEID, § 606.

1. Si le passif de la succession dépasse l'actif, l'héritier volontaire qui a accepté, de même que l'héritier sien qui n'a pas invoqué le bénéfice d'abstention, se trouvera par le fait de l'héritage appauvri, peut-être ruiné [1].

Une exception fut statuée au IIIe siècle en faveur des militaires, qui, dès lors, n'ont plus été tenus des dettes héréditaires au delà des forces de la succession, de sorte que l'acceptation peut bien ne pas les enrichir, mais ne peut pas les appauvrir.

Le même avantage fut accordé par Justinien à tout héritier, pourvu que, dans un certain délai et en observant certaines formalités exactement déterminées, il ait fait dresser un inventaire des biens de la succession.

Grâce à cet inventaire, les deux patrimoines restent distincts, et l'héritier n'est tenu des dettes que jusqu'à concurrence de sa part héréditaire, déduction faite de certains frais.

C'est là le bénéfice d'inventaire, qu'a créé Justinien

---

[1] Pour parer à ce danger, l'héritier, avant de faire adition, s'arrangeait avec les créanciers ; il arrivait aussi qu'il se décidait à faire adition sur mandat exprès de ceux-ci ; il était alors garanti par l'action contraire du mandat. L. 32 *Mandati* XVII, 1.

et qui a passé, avec diverses modifications [2], dans les législations modernes.

2. Pour jouir du bénéfice, l'héritier doit faire adition et procéder, dans les trente jours dès la connaissance qu'il a eue de la délation, à la confection de l'inventaire, lequel doit être terminé dans un nouveau délai de soixante jours; toutefois, le délai total est prolongé jusqu'à un an dès la mort du *De Cujus*, si les biens de la succession sont lointains ou dispersés. L'inventaire est dressé par deux tabellions (*tabularii*), avec le concours, si faire se peut, des créanciers et légataires, sinon de témoins. L'inventaire est signé par l'héritier; s'il ne le peut, par un troisième tabellion.

L'inventaire contient les actifs et les passifs, sur évaluation sommaire, avec indication de l'excédant final de part ou d'autre, les frais des funérailles, de l'ouverture du testament et de la confection d'inventaire déduits préalablement en faveur de l'héritier. Les créanciers et légataires peuvent exiger de celui-ci qu'il prête serment sur la sincérité de l'inventaire et sur la promesse de déclarer et de restituer ce qui pourra se retrouver dans la suite. L'héritier restituera au double ce qu'il aura célé ou diverti.

3. L'héritier bénéficiaire n'est pas tenu *ultra vires hereditatis*. Si l'actif est inférieur au passif, la perte est pour les créanciers; si, tout le passif payé, il reste un

---

[2] Parfois très-radicales, soit quant à la forme, soit quant à l'effet. Ainsi, à peu près dans toutes les législations suisses, l'inventaire ne préserve point l'héritier acceptant de la responsabilité *ultra vires*.

actif, l'héritier acquittera les legs, dans la mesure légale et avec la déduction à laquelle il a droit [3].

Le bénéfice empêche la confusion; l'héritier reste donc débiteur ou créancier, et traité comme tel.

4. L'omission d'inventaire a des suites rigoureuses: l'héritier est tenu *ultra vires hereditatis*, non-seulement des dettes, mais encore des legs, sans déduction [4].

Ulpien, L. 8 pr. *De A. vel O. H.* XXIX, 2 : ... Hereditas autem, quin obliget nos æri alieno, etiam si non sit solvendo, plus quam manifestum est...

§ 6 J. *De heredum qualitate et differentia* II, 19 : Sciendum tamen est, divum Hadrianum etiam majori XXV annis veniam dedisse, cum post aditam hereditatem grande æs alienum, quod aditæ hereditatis tempore latebat, emersisset. Divus autem Gordianus postea in militibus tantummodo hoc extendit : sed nostra benevolentia commune omnibus subjectis imperio nostro hoc præstavit beneficium et constitutionem tam æquissimam quam nobilem scripsit, cujus tenorem si observaverint homines, licet eis adire hereditatem et in tantum teneri, in quantum valere bona hereditatis contingit : ut ex hac causa neque deliberationis auxilium eis fiat necessarium nisi omissa observatione nostræ constitutionis et deliberandum existimaverint et sese veteri gravamini aditionis supponere maluerint.

Justinien, L. 22 C. *De jure deliberandi* VI, 30 (531) : Scimus, jam duas esse promulgatas a nostra clementia constitutiones, unam quidem de his, qui deliberandum pro hereditate sibi delata existimaverunt, aliam autem de improvisis debitis et incerto exitu per diversas species ei imposito. Sed etiam veterem constitutionem non ignoramus, quam divus Gordianus ad Platonem scripsit de mili-

---

[3] Quarte falcidie. *Infra*, § 61.

[4] *Infra*, § 57-61.

tibus, qui per ignorantiam hereditatem adierunt, quatenus pro his tantummodo rebus conveniantur, quas in hereditate defuncti invenerint, ipsorum autem bona a creditoribus hereditariis non inquitentur ; cujus sensus ad unam præfatarum constitutionum a nobis redactus est. Arma etenim magis, quam jura scire milites sacratissimus legislator existimavit. Ex omnibus autem istis unam legem colligere nobis apparuit esse humanum, et non solum milites adjuvare hujusmodi beneficio, sed etiam ad omnes hoc extendere, non tantum si improvisum merserit debitum, sed etiam si onerosam quis inveniat esse, quam adierit, hereditatem. Ita enim nec satis necessarium deliberationis erit auxilium, nisi hominibus formidolosis, qui et ea timent, quæ nulla digna sunt suspicione.

§ 1. Quum igitur hereditas ad quemdam sive ex testamento sive ab intestato fuerit delata, sive ex asse sive ex parte, si quidem recta via adire maluerit hereditatem et spe certissima hoc fecerit, vel sese immiscuerit, ut non postea eam repudiet, nullo indiget inventario quum omnibus creditoribus suppositus est utpote hereditate ei ex sua voluntate infixa. Similique modo, si non titubante animo respuendam vel abstinendam esse crediderit hereditatem, ei apertissime intra trium mensium spatium, ex quo ei cognitum fuerit, scriptum se esse vel vocatum heredem, renuntiet, nullo nec inventario faciendo nec alio circuitu exspectando et sit alienus hujusmodi hereditate, sive onerosa sine lucrosa sit. § 2. Sin autem dubius est, utrumne admittenda sit necne defuncti hereditas, non putet sibi esse necessariam deliberationem, sed adeat hereditatem, vel sese immisceat. Omni tamen modo inventarium ab ipso conficiatur, ut intra triginta dies post apertas tabulas vel postquam nota fuerit ei apertura tabularum, vel delatam sibi ab intestato hereditatem cognoverit, numerandos, exordium capiat inventarium super his rebus, quas defunctus mortis tempore habebat. Et hoc inventarium inter alios sexaginta dies modis omnibus impleatur sub præsentia tabulariorum ceterorumque, qui ad hujusmodi

confectionem necessarii sunt. Subscriptionem tamen supponere heredem necesse est, significantem et quantitatem rerum et quod nulla malignitate circa eas ab eo facta vel facienda res apud eum remanent, vel si ignarus sit literarum vel scribere præpediatur, speciali tabulario ad hoc solum adhibendo, ut pro eo literas supponat, venerabili signo antea manu heredis præposito, testibus videlicet assumendis, qui heredem cognoscant et jubente eo tabularium pro se subscribere interfuerint. § 3. Sin autem locis, in quibus res hereditariæ vel maxima pars eorum posita est, heredes abesse contigerit, tunc eis unius anni spatium a morte testatoris numerandum damus ad hujusmodi inventarii consummationem... § 4. Et si præfatam observationem inventarii faciendi solidaverint, et hereditatem sine periculo habeant, et legis Falcidiæ adversus legatarios utantur beneficio, ut in tantum hereditariis creditoribus teneantur, in quantum res substantiæ ad eos devolutæ valeant. Et eis satis faciant, qui primi veniant creditores; et si nihil reliquum est, posteriores venientes repellantur et nihil ex sua substantia penitus heredes amittant, ne, dum lucrum facere sperant, in damnum incidant. Sed et si legatarii interea venerint, et eis satisfaciant ex hereditate defuncti, vel ex ipsis rebus vel ex earum forsitan venditione. § 5. Sin vero creditores, qui et post emensum patrimonium necdum completi sunt, superveniant, neque ipsum heredem inquietari concedantur, neque eos, qui ab eo comparaverunt res, quarum pretia in legata vel fideicommissa vel alios creditores processerunt. Licentia creditoribus non deneganda, adversus legatarios venire et vel hypothecis vel indebiti condictione uti et hæc, quæ acceperint, recuperare, quum satis absurdum est, creditoribus quidem jus suum persequentibus legitimum auxilium denegari, legatariis vero, qui pro lucro certant, suas partes legem accommodare.

§ 6. Sin vero heredes res hereditarias creditoribus hereditariis pro debito dederint in solutum, vel per dationem pecuniarum satis eis fecerint, liceat aliis creditoribus secundum leges eas abstrahere vel per hypothecariam

actionem, vel per conditionem ex lege, nisi voluerint debitum eis offerre. § 9. In computatione autem patrimonii damus ei (heredi) excipere et retinere quidquid in funus expendit, vel in testamenti insinuationem vel in inventarii confectionem vel in alias necessarias causas hereditatis approbaverit sese persolvisse; sin vero et ipse aliquas contra defunctum habebat actiones, non hæ confundantur, sed similem aliis creditoribus per omnia habeat fortunam, temporum tamen prærogativa inter creditores servanda. § 10. Licentia danda creditoribus seu legatariis vel fideicommissariis, si majorem putaverint esse substantiam a defuncto derelictam, quam heres inventario scripsit, quibus voluerint legitimis modis quod superfluum est approbare vel per tormenta forsitan servorum hereditariorum... vel per sacramentum illius, si aliæ probationes defecerint, ut undique veritate exquisita, neque lucrum neque damnum aliquod heres ex hujusmodi sentiat hereditate; illo videlicet observando, ut, si ex hereditate aliquid heredes subripuerint vel celaverint vel amovendum curaverint, postquam fuerint convicti, in duplum hoc restituere vel hereditatis quantitati computare compellantur. § 11. Donec tamen inventarium conscribitur, vel si res præsto sint, intra tres menses, vel si abfuerint intra annale spatium..., nulla erit licentia neque creditoribus neque legatariis vel fideicommissariis eos inquietare vel ad judicium vocare vel res hereditarias quasi ex hypothecarum auctoritate vindicare. Sed sit hoc spatium ipso jure pro deliberatione heredibus concessum; nullo scilicet ex hoc intervallo creditoribus hereditariis circa temporalem præscriptionem præjudicio generando. § 12. Sin vero, postquam adierint vel sese immiscuerint, præsentes vel absentes inventarium facere distulerint et datum jam a nobis tempus ad inventarii confectionem effluxerit. Tunc ex eo ipso, quod inventarium secundum formam præsentis constitutionis non fecerunt, et heredes esse omnimodo intelligantur et debitis hereditariis in solidum teneantur nec legis nostræ beneficio perfruantur, quam contemnendam esse censuerunt.

§ 15... Milites, etsi propter simplicitatem præsentis legis subtilitatem non observaverint, in tantum tamen teneantur, quantum in hereditate invenerint.

Novelle 1, ch. 2 § 2 (535) : Si vero non fecerit inventarium secundum hanc figuram, sicut prædiximus, non retinebit Falcidiam, sed complebit legatarios et fideicommissarios licet puræ substantiæ morientis transcendat mensuram legatorum datio.

§ 47. — *Bénéfice de délibération*. Jus deliberandi.

DEDEKIND, *Das Deliberationsrecht der Erben und die Interrogationes in jure*. Brunswick, 1870. MAYNZ, § 479. ARNDTS, § 509. BRINZ, § 193. KELLER, § 533. PUCHTA, § 498. TEWES, § 53. VANGEROW, § 499. VERING, p. 497. WINDSCHEID, § 598.

1. Le préteur donnait à l'appelé un délai, *spatium deliberandi*, pour examiner la succession et se décider en connaissance de cause à l'accepter ou à la répudier. Ce délai, normalement de cent jours, était prolongé exceptionnellement pour motif grave. Durant ce délai, l'appelé n'avait pas à se déclarer ; personne n'avait le droit de le presser à ce sujet. Il pouvait se faire mettre en possession et administrer provisoirement, voire même vendre sous l'autorité du juge, sans que ces actes dussent constituer une *pro herede gestio*. S'il laissait écouler le délai sans se prononcer, il était considéré comme répudiant.

2. En créant le bénéfice d'inventaire, Justinien a modifié la portée du droit de délibération.

L'empereur, considérant que le bénéfice d'inventaire rend, au fond, le droit de délibération superflu, a placé

l'appelé délibérant dans une position moins favorable que l'acceptant sous bénéfice d'inventaire.

Les deux bénéfices sont incompatibles. Quand donc l'appelé a demandé le *jus deliberandi*, qui peut lui être accordé pour neuf mois au plus par le juge, pour un an par l'empereur, il n'est plus admis à demander le bénéfice d'inventaire. Il doit refuser ou accepter, son silence vaut acceptation, et l'acceptation a les effets rigoureux mentionnés à la fin du précédent paragraphe [1].

Tit. D. *De jure deliberandi* XXVIII, 8. C. *De jure deliberandi et de adeunda vel acquirenda hereditate* VI, 30. Novelle CLXI.

Gaius II, 162 : Extraneis autem heredibus deliberandi potestas data est de adeunda hereditate vel non adeunda. 167... Solet prætor postulantibus hereditariis creditoribus tempus constituere, intra quod, si velit, adeat hereditatem, si minus, ut liceat creditoribus bona defuncti vendere.

Ulpien, L. 1 § 1 *De jure deliberandi* : Ait prætor : SI TEMPUS AD DELIBERANDUM PETET, DABO.

Paul, L. 2, même titre : Itaque pauciores centum dierum non sunt dandi.

Ulpien, L. 3, même titre : Nec non illud sciendum, nonnumquam semel, nonnumquam sæpius diem ad deliberandum datum esse, dum prætori suadetur, tempus, quod primum aditus præstituerat, non suffecisse.

Le même, L. 4 : Sed hoc impetrari non debet nisi ex magna causa.

Le même, L. 1 § 12 *De successorio edicto* XXXVIII, 9 : ... Si deliberare se adhuc dicant, præcipitandi non sunt.

---

[1] La véritable portée de la loi 22 C. *De jure deliberandi* et de la loi 19 du même titre est extrêmement discutée. Voyez notamment VANGEROW, § cité, et dans l'*Archiv für civilistische Praxis*, au tome XXII.

§ 6 J. *De heredum qualitate et differentia* II, 19. Voyez § 46.

Justinien, L. 22 § 13 *De jure deliberandi* (531) : ... Hæc quidem de his sancimus, qui deliberationem nullam petendum curaverint, quam putamus quidem penitus post hanc legem esse supervacuam, et debere ei derogari; quum enim liceat et adire hereditatem, et sine damno ab ea discedere ex præsentis legis auctoritate, quis locus deliberationi relinquitur? Sed quia quidam vel vana formidine vel callida machinatione pro deliberando nobis supplicandum necessarium esse existimant, ... ne quis nos putaverit antiquitatis penitus esse contemptores, indulgemus quidem eis petere deliberationem, vel a nobis vel a nostris judicibus, non tamen amplius ab imperiali quidem culmine uno anno, a nostris vero judicibus novem mensibus, ut neque ex imperiali largitione aliud tempus eis indulgeatur, sed etsi fuerit datum, pro nihilo habeatur. Semel enim et non sæpius eam peti concedimus... § 14. Sin autem hoc aliquis fecerit et inventarium conscripserit (necesse est enim omnimodo deliberantem inventarium cum omni subtilitate facere) non liceat ei post tempus præstitutum, si non recusaverit hereditatem sed adire maluerit, nostræ legis uti beneficio; sed in solidum secundum antiqua jura omnibus creditoribus teneatur, ... et sibi imputet, qui pro novo beneficio vetus elegerit gravamen... Si quis autem temerario proposito deliberationem quidem petierit, inventarium autem minime conscripserit, et vel adierit hereditatem vel minime eam repudiaverit, non solum creditoribus in solidum teneatur, sed etiam legis Falcidiæ beneficio minime utatur. Quodsi post deliberandum recusaverit inventario minime conscripto, tunc res hereditatis creditoribus vel his, qui ad hereditatem vocantur, legibus reddere compelletur, quantitate earum sacramento res accipientium manifestanda, cum taxatione tamen a judice statuenda.

§ 48. — *Bénéfice de séparation des patrimoines.*

MAYNZ, § 485. ARNDTS, § 524. BRINZ, § 157. KELLER, *Institutionen*, § 316, III. *Pandekten*, § 536. PUCHTA, § 509. TEWES, § 63. VANGEROW, § 503. VERING, p. 515. WINDSCHEID, § 607.

Par la succession, les créanciers du défunt deviennent créanciers de l'héritier. Si celui-ci est insolvable, ils peuvent voir leurs bonnes créances devenir mauvaises, se perdre peut-être dans la masse de ses dettes personnelles. Le droit civil ne leur fournissait aucun moyen d'empêcher leur situation de se détériorer ainsi. Mais le préteur leur accordait, sur demande, le bénéfice de *séparation des patrimoines*, en vertu duquel ils obtenaient d'être payés sur les biens héréditaires de préférence aux créanciers personnels de l'héritier [1]. Le même bénéfice est accordé aux légataires [2].

Les créanciers de l'héritier n'ont pas le droit de demander séparation pour se prémunir contre les suites d'une hérédité ruineuse. Il n'y avait aucun motif pour la leur accorder. Ils ont suivi la foi de leur débiteur, lequel peut toujours contracter des dettes nouvelles. Mais il est clair qu'ils peuvent attaquer une acceptation

---

[1] Controverse : L'adition sous bénéfice d'inventaire rend-elle inutile la séparation? Cette question doit être résolue négativement. La séparation protége les créanciers du défunt; le bénéfice d'inventaire protége seulement la personne même de l'héritier.

La séparation des patrimoines a passé à peu près telle quelle dans les législations modernes. Code Napoléon, 878-881. ARNTZ, I, 1611-1622. FOERSTER, § 96, 270. UNGER, § 41.

[2] Pour la séparation de l'héritier nécessaire, voyez § 41, note 3.

faite en fraude de leurs droits, conformément aux principes généraux.

Tit. D. *De separationibus* XLII, 6. Tit. C. *De bonis auctoritate judicis possidendis seu venum dandis, et de separationibus bonorum* VII, 72.

Ulpien, L. 1 pr. h. t. : Sciendum est, separationem solere impetrari decreto prætoris. § 1. Solet autem separatio permitti creditoribus ex his causis : ut puta debitorem quis Seium habuit : hic decessit : heres ei exstitit Titius : hic non est solvendo : patitur bonorum venditionem : creditores Seii dicunt bona Seii sufficere sibi, creditores Titii contentos esse debere bonis Titii et sic quasi duorum fieri bonorum venditionem. Fieri enim potest, ut Seius quidem solvendo fuerit potueritque creditoribus suis vel in assem (Hérault) vel etsi non in assem, in aliquid tamen satisfacere, admissis autem commixtisque creditoribus Titii minus sint consecuturi, quia ille non est solvendo, aut minus consequantur, quia plures sunt hic[3]. Est igitur æquissimum creditores Seii desiderantes separationem audiri impetrareque a prætore, ut separatim quantumcumque (Mommsen) creditoribus præstetur. § 2. Ex contrario autem creditores Titii non impetrabunt separationem : nam licet alicui adjiciendo sibi creditorem creditoris sui facere deteriorem condicionem. Qui igitur adiit hereditatem debitoris mei, non faciet meam deteriorem condicionem adeundo, quia licet mihi separationem impetrare, suos vero creditores oneravit, dum adiit hereditatem quæ solvendo non est, nec poterunt creditores ejus separationem impetrare. § 5. Quæsitum est, an interdum etiam heredis creditores possunt separationem impetrare, si forte ille in fraudem ipsorum adierit hereditatem. Sed nullum remedium est proditum : sibi enim imputent, qui cum tali contraxerunt : nisi si

---

[3] Le sens de ce passage qui paraît corrompu doit être : aut minus solvendo quam Seius. MOMMSEN.

extra ordinem putamus prætorem adversus calliditatem ejus subvenire, qui talem fraudem commentus est : quod non facile admissum est.

§ 10. Illud sciendum est, eos demum creditores posse impetrare separationem, qui non novandi animo ab herede stipulati sunt. Ceterum si eum hoc animo secuti sunt, amiserunt separationis commodum nec possunt jam se ab eo separare, qui quodammodo eum elegerunt. Sed et si usuras ab eo ea mente quasi eum elegendo exegerunt, idem erit probandum. § 11. Item quæritur, si satis acceperunt ab eo, an impetrent separationem. Et non puto : hi enim secuti sunt eum. Forte quem movebit : quid ergo, si satis non idoneum acceperunt? Et sibi imputent, cur minus idoneos fidejussores accipiebant. § 12. Præterea sciendum est, posteaquam bona hereditaria bonis heredis mixta sunt, non posse impetrari separationem : confusis enim bonis et unitis separatio impetrari non poterit... § 13. Quod dicitur, post multum temporis separationem impetrari non posse, ita erit accipiendum, ut ultra quinquennium post aditionem numerandum separatio non postuletur. § 14. De his autem omnibus, an admittenda separatio sit nec ne, prætoris erit vel præsidis notio, nullius alterius, hoc est ejus, qui separationem indulturus est. § 17. Item sciendum est, vulgo placere creditores quidem heredis, si quid superfuerit ex bonis testatoris, posse habere in suum debitum, creditores vero testatoris ex bonis heredis nihil. Cujus rei ratio illa est, quod qui impetravit separationem, sibi debet imputare suam facilitatem, si, cum essent bona idonea heredis, illi maluerint bona potius defuncti sibi separari, heredis autem creditoribus hoc imputari non possit. At si creditores defuncti desiderent, ut etiam in bonis heredis substituantur, non sunt audiendi : separatio enim, quam ipsi petierunt, eos ab istis bonis separavit. Si tamen temere separationem petierunt creditores defuncti, impetrare veniam possunt, justissima scilicet ignorantiæ causa allegata.

Papinien, L. 4 pr., même titre : Creditoribus, qui ex die vel sub condicione debentur et propter hoc nondum pecu-

niam petere possunt, æque separatio dabitur, quoniam et ipsis cautione communi consuletur. § 1. Legatarios autem in ea tantum parte, quæ de bonis servari potuit, habere pignoris causam convenit.

Julien, L. 6 pr., même titre : Quotiens heredis bona solvendo non sunt, non solum creditores testatoris, sed etiam eos, quibus legatum fuerit, impetrare bonorum separationem æquum est; ita ut, cum creditoribus solidum acquisitum fuerit, legatariis vel solidum vel portio quæratur.

Marcien, L. 7, même titre : Qui judicium dictaverunt heredi, separationem quasi hereditarii possunt impetrare, quia ex necessitate hoc fecerunt.

§ 49. — *Charges de l'héritier. Exécution du testament.*

MAYNZ, § 477, 483. DANZ, § 183. KELLER, *Grundriss zu Vorlesungen über Römische Rechtsgeschichte*, § 35. TEWES, § 61. VERING, p. 472-473, 826-829. WINDSCHEID, § 567.

1. Outre l'obligation de payer les dettes, qui incombe à tout héritier, l'héritier testamentaire est tenu *quasi ex contractu* d'accomplir les dernières volontés du défunt, en particulier de s'acquitter des obligations que celui-ci lui a imposées, telles que legs, affranchissements, modes. Le quasi-contrat est formé par l'acceptation[1].

§ 5 J. *De obligationibus quasi ex contractu* III, 27 (28) : Heres quoque legatorum nomine non proprie ex contractu

[1] Cette notion de quasi-contrat a été abandonnée par le droit canonique; selon l'Église, l'accomplissement des dernières volontés d'un défunt constitue une obligation morale. VERING, p. 829. Pour le mode, voyez plus haut, § 18, chiffre 5.

obligatus intellegitur : neque enim cum herede neque cum defuncto ullum negotiorum legatarius gessisse proprie dici potest, sed quia ex maleficio non est obligatus heres, quasi ex contractu debere intellegitur. — Gaius, L. 5 § 2 *De O. et A*. XLIV, 7.

Ulpien, L. 3 § 3 *Quibus ex causis in possessionem eatur* XLII, 3 : ... Et enim videtur impubes contrahere, eum adiit hereditatem.

Paul, L. 4, même titre : Sed et is, qui miscuit se, contrahere videtur.

2. Le testateur pouvait charger une personne de confiance, soit par convention, cas exceptionnel de mandat *post mortem*, soit par l'acte même de sa dernière volonté, de l'exécution de cette volonté.

L'autorité devait aussi, au besoin, y pourvoir d'office : *publice enim expedit, suprema hominum judicia exitum habere*[2].

Justinien a chargé l'évêque et l'économe du diocèse de veiller à l'exécution des dispositions à cause de mort, faites en faveur d'œuvres pies, *ad pias causas*.

On peut voir dans ce qui précède les origines romaines de l'institution des exécuteurs testamentaires, à laquelle le droit ecclésiastique et le droit coutumier ont donné un grand développement[3].

Ulpien, L. 12 § 4 *De religiosis* XI, 7 : Funus autem eum facere oportet, quem decedens elegit, sed si non ille fecit, nullam esse hujus rei pœnam, nisi aliquid pro hoc emolu-

---

[2] L. 5 *Testamenta quemadmodum* XXIX, 3.

[3] Les origines germaniques sont plus importantes. BESELER, *Zeitschrift für deutsches Recht*, IX. ARNTZ, 2110-2112. GERBER, *Deutsches Privatrecht*, § 265. FŒRSTER, § 255. UNGER, § 27.

mentum ei relictum est; tunc enim si non paruerit voluntati defuncti, ab hoc repellitur.

L. 14 § 2, même titre : Si cui funeris sui curam testator mandaverit et ille accepta pecunia funus non duxerit, de dolo actionem in eum dandam Mela scripsit...

Pomponius, L. 7 pr. *De annuis legatis* XXXIII, 1 : ... Et in omnibus ubi auctoritas sola testatoris est, neque omnimodo spernenda, neque omnimodo observanda est. Sed interventu judicis hæc omnia debent, si non ad turpem causam feruntur, ad effectum perduci. *Supra*, page 118.

Ulpien, L. 3 *De alimentis legatis* XXXIV, 1 : Solent judices ex causa alimentorum libertos dividere, quotiens plures sunt heredes, ne a singulis heredibus minutatim alimenta petentes distringantur : quam divisionem perinde tueri oportet atque si pater familias ipse libertos divisisset. Solent et unum eligere, per quem alimenta præstentur, aut ex voluntate defuncti aut arbitrio suo... — L. 8, même titre.

Julien, L. 96 § 3 *De legatis* I. XXX : Si scriptus ex parte heres rogatus sit præcipere pecuniam et eis quibus testamento legatum erat distribuere, id quod sub condicione legatum est tunc præcipere debebit, cum condicio exstiterit : interim aut ei aut his quibus legatum est satisdari oportet. — L. 107 pr., même titre.

Léon et Anthémius, L. 28 C. *De episcopis et clericis* I, 3 (466?). Justinien, L. 49, même titre (531-532). Léon le Philosophe, Novelle LXVIII.

3. Sous le règne de l'ancien culte, les fondations religieuses perpétuelles, *sacra privata*, constituaient une charge fort lourde [4]. Le droit pontifical l'imposait à l'héritier; à défaut d'héritier, à celui qui avait acquis

[4] De là l'expression proverbiale de *sine sacris hereditas*, pour indiquer un bonheur sans mélange. De là encore la *coemptio sacrorum evitandorum causa*.

le plus par usucapion *pro herede;* enfin, aux légataires, si la majeure partie de la succession était absorbée par les legs. — Un ordre nouveau, que Cicéron fait connaître dans son traité *des Lois,* prévalut par l'influence des deux pontifes Publius et Quintus Mucius Scévola[5]; mais toujours c'était l'héritier qui était tenu en première ligne.

Cicéron, *De legibus* II, 19, 47 : ... De sacris autem, qui locus patet latius, hæc sît una sententia, ut conserventur semper et deinceps familiis prodantur et, ut in lege posui, perpetua sint sacra. Hoc uno posito, hæc jura pontificum auctoritate consecuta sunt, ut ne morte patris familias sacrorum memoria occideret; iis essent ea adjuncta, ad quos ejusdem morte pecunia venerit. 48. Hoc uno posito, quod est ad cognitionem disciplinæ satis, innumerabilia nascuntur, quibus implentur jurisconsultorum libri; quæruntur enim, qui astringantur sacris. Heredum causa justissima est. Nulla est enim persona, quæ ad vicem ejus, qui e vita emigraverit, propius accedat. Deinde, qui morte testamentove ejus tantumdem capiat, quantum omnes heredes. Id quoque ordine. Est enim ad id, quod propositum est, accommodatum. Tertio loco, si nemo sit heres, is, qui de bonis, quæ ejus fuerint, quum moritur, usu ceperit plurimum possidendo. Quarto, si nemo sit, qui ullam rem ceperit, de creditoribus ejus, qui plurimum servet. 49. Extrema illa persona est, ut is, qui ei, qui mortuus sit, pecuniam debuerit, neminique eam solverit, proinde habeatur, quasi eam pecuniam ceperit. 20. Hæc nos a Scævola didicimus, non ita descripta ab antiquis. Nam illi quidem his verbis docebant, tribus modis sacris astringi : hereditate, aut si majorem partem pecuniæ capiat, aut si major pars pecuniæ legata est, si inde quippiam ceperit.

---

[5] *Introduction historique,* § 56.

SECTION TROISIÈME.

COMMENT ON FAIT VALOIR LE DROIT A LA SUCCESSION.

---

§ 50. — *Pétition d'hérédité. Pétitions utiles.*

FRANCKE, *Exegetisch-dogmatischer Commentar über den Pandektentitel De Hereditatis petitione*. Gœttingue, 1864. DERNBURG, *Ueber das Verhältniss der Hereditatis petitio zu den erbschaftlichen Singularklagen*. Heidelberg, 1852. ARNDTS, *Beiträge*, I. MAYNZ, § 489-492. ARNDTS, § 531-534. BRINZ, § 159-165. KELLER, § 544-547. PUCHTA, § 515-517. TEWES, § 69-74. VANGEROW, § 505-508. VERING, p. 537-560. WINDSCHEID, § 611-616.

1. On appelle *Hereditatis petitio*, *pétition d'hérédité*, l'action qui tend à faire reconnaître que le demandeur est héritier, *Aulum Agerium heredem esse*. La conséquence nécessaire de cette qualité reconnue, c'est la restitution des biens héréditaires détenus par le défendeur.

Sous le régime des actions de la loi, l'hérédité était réclamée au moyen de la *Legis Actio Sacramento*; sous le régime formulaire, par une formule pétitoire, réelle, arbitraire [1].

---

[1] *Introduction historique au droit romain*, § 68, 73-75, 153-155. On compare souvent la pétition d'hérédité avec la revendication. On

Tit. D. *De Hereditatis petitione (H. P.)* V, 3. *Si pars hereditatis petatur* V, 4. *De possessoria hereditatis petitione* V, 5. *De fideicommissaria hereditatis petitione* V, 6. C. *De petitione hereditatis* III, 31.

Gaius IV, 17 : Si de fundo vel de ædibus sive de hereditate controversia erat, pars aliqua inde sumebatur et in jus adferebatur et in eam partem perinde atque in totam rem præsentem fiebat vindicatio, veluti ex fundo gleba sumebatur et ex ædibus tegula, et si de hereditate controversia erat, æque *(res aliqua inde sumebatur?)*.

133... Olim autem quædam (præscriptiones) et pro reo opponebantur ; qualis illa erat præscriptio : EA RES AGATUR, SI IN EA RE PRÆJUDICIUM HEREDITATI NON FIAT, quæ nunc in speciem exceptionis deducta est, et locum habet, cum petitor hereditatis alio genere judicii præjudicium hereditati faciat, velut cum singulas res petat, est enim iniquum per unius rei *(petitionem universæ hereditati præjudicium fieri?)*.

2. Pour intenter la pétition d'hérédité, il faut être héritier civil, testamentaire ou légitime. Cette qualité forme le fondement de l'action, que le demandeur doit prouver si le défendeur le conteste. La pétition est totale ou partielle, selon que le demandeur est seul héritier ou non.

Le demandeur doit, de plus, prouver, s'il y a lieu, que les choses dont il réclame la restitution sont entre les mains du défendeur et qu'elles font partie de la succession.

---

dit que c'est la revendication du droit d'hérédité. Les règles de la pétition d'hérédité ont exercé de l'influence sur la revendication; ces deux actions présentent, cependant, à côté d'analogies naturelles, des différences notables.

Le préteur donne au *bonorum possessor* une action utile, la *pétition d'hérédité possessoire*, avec effet correspondant à celui de la directe [2]. D'autres actions utiles sont données à l'acheteur d'hérédité [3], au fisc pour réclamer les biens vacants [4], au fidéicommissaire universel, enfin à celui qui a droit aux éreptices par suite d'indignité [5].

3. La pétition d'hérédité s'intente contre le possesseur de choses héréditaires, fût-ce même d'une seule, contre le *juris possessor*, ainsi que contre le débiteur de l'hérédité. Ce qui caractérise cette possession, c'est principalement l'attribution, comme titre, de la qualité d'héritier : *possessio pro herede*.

La pétition s'intente aussi contre celui qui possède ou détient des choses héréditaires sans aucun titre, *pro possessore*, mais non contre le possesseur ou détenteur à titre singulier, par exemple *pro donato*, *pro emtore*, qui ne conteste pas la qualité du demandeur; contre lui, en effet, l'héritier intentera l'action qui aurait appartenu au *De Cujus* : la revendication, la publicienne, l'action hypothécaire, la *condictio ex mutuo*, l'action de vente, etc.

Le défendeur est obligé de déclarer son titre de possession; il y avait là-dessus, dans l'ancien droit, *interrogatio in jure*.

---

[2] *Supra*, § 9, 45. *Introduction historique*, § 152.
[3] *Supra*, § 37.
[4] *Supra*, § 27.
[5] *Infra*, § 82-83, 91.

Dans la pétition d'hérédité, comme dans la revendication, celui qui s'est offert au procès et celui qui, par dol, a cessé de posséder avant la litiscontestation, sont tenus pour possesseurs, *ficti possessores*. Ils ne peuvent, naturellement, pas restituer la chose ou les choses, mais ils sont condamnés à en payer la valeur, et, en outre, à indemniser complétement l'héritier demandeur, lequel est autorisé, dans ce cas, à prêter le serment estimatoire. La poursuite de celui qui, par dol, a cessé de posséder a été introduite par le sénatusconsulte Juventien, rendu sous Hadrien [6].

Ulpien, L. 9 *De H. P.* : Regulariter definiendum est, eum demum teneri hereditatis petitione, qui vel jus pro herede, vel pro possessore possidet, vel rem hereditariam.

Le même, L. 11, même titre : Pro herede possidet, qui putat se heredem esse. Sed an et is, qui scit se heredem non esse, pro herede possideat, quæritur. Et Arianus libro secundo de interdictis putat teneri, quo jure nos uti Proculus scribit. Sed enim et bonorum possessor pro herede videtur possidere. § 1. Pro possessore vero possidet prædo.

Le même, L. 12, même titre : Qui interrogatus, cur possiderit, responsurus est : *quia possideo*, nec contendat se heredem vel per mendacium;

Le même, L. 13 pr., même titre : Nec ullam causam possessionis possit dicere : et ideo fur et raptor petitione hereditatis tenentur. § 15. Item a debitore hereditario quasi a juris possessore : nam et a juris possessoribus posse hereditatem peti constat.

Paul, L. 14, même titre : Sed utrum ex delicto an ex contractu debitor sit, nihil refert. Debitor autem hereditarius intellegitur is quoque qui servo hereditario promisit, vel qui ante aditam hereditatem damnum dedit.

---

[6] *Introduction historique*, § 127.

Gaius, L. 15, même titre : Vel aliquam rem hereditariam subripuerit.

Ulpien, L. 42, même titre : Si debitor hereditarius non ideo nolit solvere, quod se dicat heredem, sed ideo, quod neget aut dubitet, an hereditas pertineat ad eum qui petit hereditatem, non tenetur hereditatis petitione.

Dioclétien et Maximien, L. 4 C. *In quibus causis* VII, 34 : Hereditatem quidem petentibus longi temporis præscriptio nocere non potest, verum his, qui nec pro herede nec pro possessore, sed pro emto vel donato seu alio titulo res, quæ hereditariæ sunt vel fuerunt, possident, quum ab his successio vindicari non possit, nihil hæc juris definitio noceat.

Arcadius et Honorius, L. 11 C. *De P. H.* (396) : Cogi possessorem ab eo qui expetit titulum suæ possessionis dicere, incivile est, præter eum qui dicere cogitur utrum pro possessore an pro herede possideat.

Ulpien, L. 13 § 13 *De H. P.* : Non solum autem ab eo peti hereditas potest, qui corpus hereditarium possidet, sed et si nihil. Et videndum, si non possidens obtulerit tamen se petitioni, an teneatur. Et Celsus libro quarto Digestorum scribit ex dolo eum teneri : dolo enim facere eum qui se offert petitioni. Quam sententiam generaliter Marcellus apud Julianum probat : omnem, qui se offert petitioni, quasi possidentem teneri. § 14. Item si quis dolo fecerit, quo minus possideat, hereditatis petitione tenebitur.

Celse, L. 45, même titre : Qui se liti obtulit, cum rem non possideret, condemnatur, nisi si evidentissimis probationibus possit ostendere, actorem ab initio litis scire eum non possidere : quippe isto modo non est deceptus et qui se hereditatis petitioni obtulit, ex doli clausula tenetur : æstimari scilicet oportebit, quanti ejus interfuit non decipi.

4. Le but de la pétition d'hérédité est de faire reconnaître le droit d'hérédité du demandeur, et, comme conséquence, de lui faire restituer les choses ou la

chose héréditaires. Si le droit d'hérédité n'est pas contesté, le but est seulement de faire restituer.

La restitution comprend tout ce qui fait partie de la succession, à un titre quelconque : choses avec fruits et accessoires, actions, prix de vente, intérêts, etc., selon les principes suivants :

Le possesseur de bonne foi ne doit faire aucun gain aux dépens de l'héritier, mais il ne doit pas non plus subir de perte dans son propre patrimoine. Il a donc à rendre tout émolument provenant de la succession et à lui appartenant au moment de la sentence. S'il a vendu la chose avant la litiscontestation, il restitue le prix, en tant qu'il l'a encore ou qu'il en a profité; si la chose a péri ou est détériorée, il n'est pas responsable, même de sa négligence, puisqu'il la croyait sienne; il restitue les fruits existants, mais non ceux qu'il a consommés. — Après la litiscontestation, sa responsabilité est aggravée; il ne peut plus aliéner, consommer, détériorer la chose; il n'est libéré que par le cas fortuit; il est tenu des fruits consommés et de ceux qu'il a négligé de percevoir.

Le possesseur de mauvaise foi doit indemniser l'héritier absolument et complétement. — S'il a aliéné la chose avant la litiscontestation, il est tenu comme possesseur fictif, soit qu'il l'ait fait par dol ou seulement par faute; mais, dans ce dernier cas, il n'a pas à subir le serment estimatoire. Il est également tenu de la détérioration antérieure à la litiscontestation. Il est en demeure à partir de la litiscontestation et même, s'il s'est mis en possession par un délit, dès la prise de possession.

§ 2 J. *De officio judicis* IV, 17 : Et si in rem actum sit, sive contra petitorem judicavit, absolvere debet possessorem, sive contra possessorem, jubere eum debet, ut rem ipsam restituat cum fructibus. Sed si in præsenti neget se possessor restituere posse et sine frustratione videbitur tempus restituendi causa petere, indulgendum est ei, ut tamen de litis æstimatione caveat cum fidejussore, si intra tempus quod ei datum est, non restituisset. Et si hereditas petita sit, eadem circa fructus interveniunt, quæ diximus intervenire in singularum rerum petitione. Illorum autem fructuum, quos culpa sua possessor non perceperit, in utraque actione eadem ratio pæne fit, si prædo fuerit. Si vero bona fide possessor fuerit, non habetur ratio consumptorum neque non perceptorum : post inchoatam autem petitionem etiam illorum ratio habetur, qui culpa possessoris percepti non sunt vel percepti consumpti sunt.

Ulpien, L. 18 § 2 *De H. P.* : Nunc videamus quæ veniant in hereditatis petitione. Et placuit universas res hereditatis in hoc judicium venire, sive jura sive corpora sint.

Paul, L. 19 pr., même titre : Et non tantum hereditaria corpora, sed et quæ non sunt hereditaria, quorum tamen periculum ad heredem pertinet, ut res pignori datæ defuncto vel commodatæ depositæve... § 2. Veniunt et hæ res in hereditatis petitionem, in quibus possessor retentionem habuit, non etiam petitionem : veluti si juraverat defunctus petitoris rem non esse et decesserit, debent hæ quoque restitui... § 3. Servitutes in restitutionem hereditatis non venire, ego didici, cum nihil eo nomine possit restitui, sicut est in corporibus et fructibus. Sed si non patiatur ire et agere, propria actione convenietur.

Ulpien, L. 20, même titre : Item veniunt in hereditatem etiam ea, quæ hereditatis causa comparata sunt, ut puta mancipia pecoraque et si qua alia, quæ necessario hereditati sunt comparata. Et si quidem pecunia hereditaria sint comparata, sine dubio venient; si vero non pecunia hereditaria, videndum erit. Et puto, etiam hæc venire, si magna utilitas hereditatis versetur, pretium scilicet resti-

tuturo herede. § 1. Sed non omnia, quæ ex hereditaria pecunia comparata sunt, in hereditatis petitionem veniunt. Denique scribit Julianus libro sexto Digestorum, si possessor ex pecunia hereditaria hominem emerit, et ab eo petatur hereditas, ita venire in hereditatis petitionem, si hereditatis interfuit, eum emi; at si sui causa emit, pretium venire. § 2. Simili modo et si fundum hereditarium distraxit, si quidem sine causa, et ipsum fundum et fructus in hereditatis petitionem venire. Quod si æris exsolvendi gratia hereditarii id fecit, non amplius venire quam pretium. § 3. Item non solum ea, quæ mortis tempore fuerunt, sed si quæ postea augmenta hereditati accesserunt, venire in hereditatis petitionem : nam hereditas et augmentum recipit et diminutionem. Sed ea, quæ post aditam hereditatem accedunt, si quidem ex ipsa hereditate, puto hereditati accedere, si extrinsecus, non, quia personæ possessoris accedunt. Fructus autem augent hereditatem, sive ante aditam sive post aditam hereditatem accesserint. Sed et partus ancillarum augent hereditatem. § 6... Optimum est, ipsius senatusconsulti interpretationem facere verbis ejus relatis : « Pridie Idus Martias Q. Julius Balbus et P. Juventius Celsus, Titius Aufidius, Ænus Severianus, consules, verba fecerunt de his, quæ Imperator Cæsar, Trajani Parthici filius, Divi Nervæ nepos, Hadrianus Augustus imperator maximusque princeps proposuit quinto Nonas Martias quæ proximæ fuerunt, libello complexus esset quid fieri placeat, de qua re ita censuerunt: *Cum, antequam partes caducæ ex bonis Rustici fisco peterentur, hi, qui se heredes existiment, hereditatem distraxerint, placere, redactæ ex pretio rerum venditarum pecuniæ usuras non esse exigendas. Idemque in similibus casibus servandum. Item placere, a quibus hereditas petita fuisset, si adversus eos judicatum esset, pretia, quæ ad eos rerum ex hereditate venditarum pervenissent, et si eae ante petitam hereditatem deperiissent deminutæve fuissent, restituere debere. Item eos, qui bona invasissent, cum scirent ad se non pertinere, etiam, si ante litem contestatam fece-*

rint, quominus possiderent, perinde condemnandos, quasi possiderent. Eos autem, qui justas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, usque eo duntaxat, quo locupletiores ea re facti essent. Petitam autem fisco hereditatem ex eo tempore existimandum esse, quo primum scierit quisque eam a se peti, id est, cum primum aut denunciatum esset ei, aut literis vel edicto evocatus esset, censuerunt.

Le même, L. 25 § 2, même titre : Quod ait senatus : *eos, qui bona invasissent*, ... ita intellegendum est, ut et dolus præteritus in petitionem hereditatis deduceretur : sed et culpa. Et ideo ab eo qui ab alio non exegit, vel a semel ipso, si tempore esset liberatus, peti hereditatem posse; hoc utique si exigere potuit. § 4. Sed et fructus, non quos perceperunt, inquit, sed quos percipere debuerunt, eos præstituros. § 7. *Si ante litem contestatam*, inquit, *fecerit*: hoc ideo adjectum, quoniam post litem contestatam omnes incipiunt malæ fidei possessores esse, quin imo post controversiam motam. Quamquam enim litis contestatæ mentio fiat in senatusconsulto, tamen et post motam controversiam omnes possessores pares fiunt et quasi prædones tenentur. Et hoc jure hodie utimur : cœpit enim scire rem ad se non pertinentem possidere se is qui interpellatur. Qui vero prædo est, et ante litem contestatam doli nomine tenebitur : hic est enim dolus præteritus. § 11. Consuluit senatus bonæ fidei possessoribus, ne in totum damno afficiantur, sed in id duntaxat teneantur, in quo locupletiores facti sunt. Quemcumque igitur sumptum fecerint ex hereditate, si quid dilapidaverunt perdiderunt, dum re sua se abuti putant, non præstabunt... § 12. Si quis re sua lautius usus sit contemplatione delatæ sibi hereditatis, Marcellus libro quinto Digestorum putat nihil eum ex hereditate deducturum, si eam non attigit. § 18. Petitio hereditatis, et si in rem actio est, habet tamen præstationes quasdam personales, ut puta eorum, quæ a debitoribus sunt exacta, item pretiorum. § 20. Augent hereditatem gregum et pecorum partus.

Le même, L. 27, même titre : Ancillarum etiam partus et partuum partus quamquam fructus esse non existimantur, quia non temere ancillæ ejus rei causa comparantur ut pariant, augent tamen hereditatem : quippe cum ea omnia fiunt hereditaria, dubium non est, quin ea possessor, si aut possideat aut post petitam hereditatem dolo malo fecit quominus possideret, debeat restituere. § 1. Sed et pensiones, quæ ex locationibus prædiorum urbanorum perceptæ sunt, venient, licet a lupanario perceptæ sint : nam et in multorum honestorum virorum prædiis lupanaria exercentur.

Paul, L. 28, même titre : Post senatusconsultum enim omne lucrum auferendum esse tam bonæ fidei possessori quam prædoni dicendum est.

Ulpien, L. 29, même titre : Mercedes plane a colonis acceptæ loco sunt fructuum. Operæ quoque servorum in eadem erunt causa, qua sunt pensiones : item vecturæ navium et jumentorum.

Marc Aurèle, L. 1 § 1 C. *De petitione hereditatis* (179) : Usuras vero pecuniarum ante litis contestationem ex die venditionis hereditariarum rerum ab eo factæ, qui antea possidebat, collectas, nec non etiam fructus bonæ fidei possessores reddere cogendi non sunt, nisi ex his locupletiores extiterint. Post litem autem contestatam tam fructus non venditarum rerum, non solum quos perceperunt, sed etiam quos percipere poterant, quam usuras pretii rerum ante litis contestationem venditarum, ex die contestationis computandas, omnimodo reddere compellantur.

Dioclétien et Maximien, L. 22 C. *De R. V.* III, 32 (294-305) : Certum est, malæ fidei possessores omnes fructus solere cum ipsa re præstare, bonæ fidei vero extantes, post litis autem contestationem universos.

Paul, L. 22 *De H. P.* : Si et rem et pretium habet bonæ fidei possessor, puta quod eandem redemerit, an audiendus sit, si velit rem dare, non pretium? In prædone dicimus, electionem esse debere actoris. An hic magis possessor audiendus sit, si velit rem tradere, licet deteriorem factam, non petitor si pretium desideret, quod inverecundum sit

tale desiderium; an vero, quia ex re hereditaria locupletior sit, et id, quod amplius habet, ex pretio restituere debeat, videndum. Nam et in oratione D. Hadriani ita est : *Dispicite, Patres Conscripti, num quid sit æquius, possessorem et pretium, quod ex aliena re perceperit reddere : quia potest existimari, in locum hereditariæ rei venditæ pretium ejus successisse et quodam modo ipsum hereditarium factum non facere lucrum.* Oportet igitur possessorem et rem restituere petitori, et quod ex venditione ejus rei lucratus sit.

Paul, L. 40, même titre : Illud quoque, quod in oratione D. Hadriani est, ut post acceptum judicium id actori præstetur, quod habiturus esset, si eo tempore, quo petiit, restituta esset hereditas, interdum durum est. Quid enim, si post litem contestatam mancipia aut jumenta aut pecora deperierint? Damnari debebit secundum verba orationis, quia potuit petitor restituta hereditate distraxisse ea, et hoc justum esse in specialibus petitionibus Proculo placet : Cassius contra sensit. In prædonis persona Proculus recte existimat, in bonæ fidei possessoribus Cassius. Nec enim debet possessor aut mortalitatem præstare, aut propter metum hujus periculi temere indefensum jus suum relinquere. § 2. Actiones, si quas possessor nactus est, evicta hereditate restituere debet, veluti si interdictum UNDE VI aut QUOD PRECARIO concessit. § 3. Contra quoque, si possessor caverit damni infecti, cavendum est possessori.

Paul, L. 33 *De R. V.* VI, 1 : Fructus non modo percepti sed et qui percipi honeste potuerunt, æstimandi sunt...

Papinien, L. 62 § 1, même titre : Generaliter autem cum de fructibus æstimandis quæritur, constat animadverti debere, non an malæ fidei possessor fruitus sit, sed an petitor frui potuerit, si ei possidere licuisset. Quam sententiam Julianus quoque probat.

5. Le défendeur peut avoir, de son côté, des droits contre le demandeur ; il les fait valoir par voie d'exception.

Le possesseur de bonne foi a droit au remboursement de toutes les impenses, même voluptuaires, faites pour la chose, ainsi que de toutes celles qu'il a faites pour les fruits, même sans résultat. Le possesseur de mauvaise foi a droit aux nécessaires; aux utiles, seulement si la chose est actuellement encore améliorée; pour les voluptuaires, il a le droit d'enlever.

Il y a compensation et droit de rétention lorsque le défendeur a payé des dettes ou des legs.

Si le défunt lui devait, il y a déduction en faveur du possesseur de bonne foi, tandis que le possesseur de mauvaise foi est tenu de restituer d'abord, quitte à poursuivre l'héritier ensuite. Si le défendeur a contracté des obligations en administrant, l'héritier est tenu de le libérer ou de le garantir par caution.

Paul, L. 36 § 5 *De H. P.* : Fructus intelliguntur deductis impensis, quæ quærendorum, cogendorum conservandorumque eorum gratia fiunt. Quod non solum in bonæ fidei possessoribus naturalis ratio expostulat, verum etiam in prædonibus, sicut Sabino quoque placuit.

Ulpien, L. 37, même titre : Quodsi sumtum quidem fecit, nihil autem fructuum percepit, æquissimum erit, rationem horum quoque in bonæ fidei possessoribus haberi.

Paul, L. 38, même titre : Plane in ceteris necessariis et utilibus impensis posse separari, ut bonæ fidei quidem possessores has quoque imputent, prædo autem de se queri debeat, qui sciens in rem alienam impendit. Sed benignius est, in hujus quoque persona haberi rationem impensarum (non enim debet petitor ex aliena jactura lucrum facere) et id ipsum officio judicis continebitur : nam nec exceptio doli mali desideratur. Plane potest in eo differentia esse, ut bonæ fidei quidem possessor omnimodo impensas deducat,

licet res non extet, in quam fecit, sicut tutor vel curator consequuntur, prædo autem non aliter, quam si res melior sit.

Gaius, L. 39 § 1, même titre : Videamus tamen, ne et ad picturarum quoque et marmorum et ceterarum voluptariarorum rerum impensas æque proficiat nobis doli exceptio, si modo bonæ fidei possessores simus : nam prædoni probe dicitur, non debuisse in alienam supervacuas impensas facere : ut tamen potestas ei fieret tollendorum eorum, quæ sine detrimento ipsius rei tolli possunt.

Ulpien, L. 31, même titre : Si quid possessor solvit creditoribus, reputabit, quanquam ipso jure non liberaverit petitorem hereditatis : nam quod quis suo nomine solvit, non debitoris, debitorem non liberat. Et ideo Julianus libro sexto Digestorum scribit, ita id imputaturum possessorem, si caverit, (*a*) se petitorem defensum iri. Sed an et bonæ fidei possessor debeat defendendum cavere, videndum erit; quia in eo, quod solvit, non videtur locupletior factus, nisi forte habeat condictionem. Et hoc nomine videtur locupletior, quia potest repetere : finge enim eum, dum se heredem putat, solvisse suo nomine. Et videtur mihi Julianus de solo prædone, ut caveat, sensisse, non etiam de bonæ fidei possessoribus : condictionem tamen præstare debebit. Sed et petitor, si a creditoribus conveniatur, exceptione uti debebit. § 1. Sed si ipsi aliquid prædoni debebatur, hoc deducere non debebit, maxime si id fuit debitum, quod natura debebatur... § 2. Justus autem possessor dubio procul debebit deducere, quod sibi debetur. § 3. Sicut autem sumtum quem fecit, deducit, ita si facere debuit, nec fecit, culpa hujus reddat rationem, nisi bonæ fidei possessor est. Tunc enim quia quasi suam rem neglexit, nulli querelæ subjectus est ante petitam hereditatem. Postea vero et ipse prædo est.

§ 51. — *Interdits* Quam hereditatem *et* Quorum bonorum.

SAVIGNY, tomes V et VI de la *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*. MAYNZ, § 492. ARNDTS, § 535. BRINZ, § 164-165. KELLER, § 548-553. PUCHTA, § 519-520. TEWES, § 75-76. VANGEROW, § 509-510. VERING, p. 583-588, 630-631. WINDSCHEID § 617.

1. A côté du moyen pétitoire, l'ancien droit civil donnait un moyen possessoire, l'interdit QUAM HEREDITATEM, qui était à la fois *adipiscendæ possessionis* et *recuperandæ possessionis* [1].

2. Le possesseur des biens avait l'interdit QUORUM BONORUM, qui est *adipiscendæ possessionis*. Seul moyen jadis de réaliser la *bonorum possessio*, cet interdit a joué un rôle considérable. Le demandeur est le *bonorum possessor*, héritier ou non; le défendeur est le même qu'à la pétition d'hérédité; le but, c'est la mise en possession des choses héréditaires, *corpora hereditaria*. Le demandeur doit prouver qu'il est possesseur des biens et qu'il a le droit de l'être [2].

Tit. D. *Quorum bonorum* XLIII, 2. Tit. C. Theod. IV, 21. C. *Quorum bonorum* VIII, 2.

Gaius III, 34. IV, 144 : Adipiscendæ possessionis causa interdictum accommodatur bonorum possessori, cujus prin-

---

[1] *Introduction historique*, § 149.

[2] La relation de l'interdit QUORUM BONORUM et de la pétition d'hérédité est fort discutée. Voyez l'exposé approfondi de M. MAYNZ.

cipium est QUORUM BONORUM ; ejusque vis et potestas hæc est, ut quod quisque ex his bonis, quorum possessio alicui data est, pro herede aut pro possessore (*possidet dolove fecit quominus*) possideret, id ei, cui bonorum possessio data est, restituatur : pro herede autem possidere videtur tam is, qui heres est, quam is, qui putat se heredem esse; pro possessore is possidet, qui sine causa aliquam rem hereditariam vel etiam totam hereditatem sciens, ad se non pertinere, possidet : ideo autem adipiscendæ possessionis vocatur interdictum, quia ei tantum utile est, qui nunc primum conatur adipisci rei possessionem ; itaque si quis adeptus possessionem amiserit, desinit ei id interdictum utile esse. — § 3 J. *De interdictis* IV, 15. § 8, même titre : ... Quotiens extra ordinem jus dicitur, qualia sunt hodie omnia judicia, non est necesse reddi interdictum, sed perinde judicatur sine interdictis, atque si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset.

Ulpien, L. 1 pr. *Quorum bonorum :* Ait prætor : *Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est, quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides possideresve, si nihil usucaptum esset, quodque dolo malo fecisti, ut desineres possidere, id illi restituas.* § 1. Hoc interdictum restitutorium est, et ad universitatem bonorum, non ad singulas res, pertinet, et appellatur QUORUM BONORUM, et est adipiscendæ possessionis universorum bonorum.

Paul, L. 2, même titre : Interdicto QUORUM BONORUM debitores hereditarii non tenentur, sed tantum corporum possessores.

Septime Sévère et Caracalla, L. 1 C. *Quorum bonorum* (197) : Hereditatem ejus, quem patrem tuum fuisse dicis, petiturus, judicibus, qui super ea re cognituri erunt, de fide intentionis allega. Quamvis enim bonorum possessionem ut præteritus agnovisti, tamen interdicto QUORUM BONORUM non aliter possessor constitui poteris, quam si, te defuncti filium esse et ad hereditatem vel bonorum possessionem admissum, probaveris.

Arcadius et Honorius, L. 3 C., même titre (395) : Constat, virum a bonis intestatæ uxoris, superstitibus consanguineis, esse extraneum, quum prudentium omnia responsa et lex ipsa naturæ successores eos faciat. Ergo jubemus, ut omnibus frustrationibus amputatis per interdictum QUORUM BONORUM in petitorem corpora transferantur, secunda actione proprietatis non exclusa.

SECTION QUATRIÈME.

RELATIONS ENTRE COHÉRITIERS.

---

§ 52. — *Communauté incidente et partage.*

MAYNZ, § 487. ARNDTS, § 216, 526-527. BRINZ, § 108, 166-168. KELLER, *Institutionen*, § 316. *Pandekten*, § 537-541. PUCHTA, § 511-516. TEWES, § 64-65. VANGEROW, § 367, 514. VERING, p. 526-529, 530-536. WINDSCHEID, § 608.

1. S'il y a plusieurs héritiers, chacun d'eux continue la personnalité économique du défunt dans la mesure de sa part héréditaire. Il naît ainsi, de plein droit, entre eux une communauté par parts indivises dans la propriété de chaque objet de la succession et dans les droits réels divisibles.

Les droits indivisibles passent à chaque héritier en totalité.

Les obligations, créances et dettes sont divisées de plein droit au prorata des parts héréditaires. Cette division, déjà sanctionnée par les Douze Tables, s'effectue réellement sur-le-champ, de telle sorte qu'il n'existe pour les obligations aucune communauté ; dès

l'instant de la mort du *De Cujus*, chaque créance, chaque dette est remplacée par autant de créances ou de dettes indépendantes les unes des autres qu'il y a de parts héréditaires. Ces créances et ces dettes sont proportionnelles aux parts, et le testateur n'a pas le droit d'imposer à ses créanciers une autre répartition. L'indivisibilité de la prestation doit, naturellement, modifier l'application de ce principe fondamental [1].

Paul, L. 25 § 16 *Familiæ erciscundæ* X, 2 : ... Cum coherede non contrahimus, sed incidimus in eum.

Pomponius, L. 17 *De servitutibus* VIII, 1 : Viæ, itineris, actus, aquæductus pars in obligationem deduci non potest, quia usus eorum indivisus est, et ideo, si stipulator decesserit pluribus heredibus relictis, singuli solidam viam petunt, et si promissor decesserit pluribus heredibus relictis, a singulis heredibus solida petitio est.

Paul, L. 2 § 2 *De V. O.* XLV, 1 : ... Accidere Pomponius ait, ut et stipulatoris viæ vel itineris heredes singuli in solidum habeant actionem : sed quidam hoc casu exstingui stipulationem putant, quia per singulos acquiri servitus non potest : sed non facit inutilem stipulationem difficultas præstationis.

Le même, L. 25 § 9 *Familiæ erciscundæ* X, 2 : An ea stipulatio, qua singuli heredes in solidum habent actionem, veniat in hoc judicium, dubitatur : veluti si is qui viam iter actus stipulatus erat decesserit, quia talis stipulatio per

---

[1] Le principe de la division de plein droit des créances et dettes est consacré par le Code civil (870, 873, 1220) et par le Code autrichien (649, 820, 821). Le principe germanique de la solidarité des héritiers pour les dettes est consacré par le Code prussien et par les législations d'une grande partie de la Suisse. ARNTZ, I, 1576-1606. UNGER, § 43. FOERSTER, § 271-273. — *Revue de droit international et de législation comparée*, IX, p. 352-353.

legem duodecim tabularum non dividitur, quia nec potest. Sed verius est non venire eam in judicium, sed omnibus in solidum competere actionem et, si non præstetur via, pro parte hereditaria condemnationis fieri oportet. § 10. Contra, si promissor viæ decesserit pluribus heredibus institutis, nec dividitur obligatio, nec dubium est, quin duret, quoniam viam promittere et is potest, qui fundum non habet; igitur, quia singuli in solidum tenentur, officio judicis cautiones interponi debent, ut si quis ex his conventus litis æstimationem præstiterit, id pro parte a ceteris consequatur.

Ulpien, L. 4 pr. *Familiæ erciscundæ* X, 2 : Ceteræ itaque res præter nomina veniunt in hoc judicium.

Gordien, L. 6 C., même titre : III, 36 (238?) : Ea, quæ in nominibus sunt, non recipiunt divisionem, cum ipso jure in portiones hereditarias ex lege duodecim tabularum divisa sint.

Valérien et Gallien, L. 1 C. *Si unus ex pluribus heredibus* VIII, 32 (257) : Manifesti et indubitati juris est defuncto creditore multis heredibus relictis, actionem quidem personalem inter eos ex lege duodecim tabularum dividi, pignus vero in solidum unicuique teneri.

Dioclétien et Maximien, L. 2 C., même titre : Actio quidem personalis inter heredes pro singulis portionibus quæsita scinditur...

Les mêmes, L. 23 C., même titre : Licet pacto divisionis adversus singulos actio pro hereditariis portionibus creditori parata mutari non possit, tamen ad exhibendam fidem his, quæ convenerant, stipulationis et juris adhibito remedio, qui placitum excedit, urgeri potest...

Gaius, L. 69 § 2 *De legatis* 1, XXX : Si testator quosdam ex heredibus jusserit æs alienum solvere, non creditores habebunt adversus eos actionem, sed coheredes, quorum interest hoc fieri.

2. La communauté qui résulte de la pluralité d'héri-

tiers est transitoire, provisoire [2]. Chaque héritier en peut provoquer la dissolution, en demandant partage et règlement de comptes [3]. Cette faculté s'exerce au moyen de l'*arbitrium familiæ erciscundæ*, la plus ancienne action divisoire, légitime, personnelle, mais, à un certain point de vue, mixte, parce qu'elle peut porter aussi sur la qualité d'héritier; double, comme les autres actions divisoires [4].

Tout héritier, civil ou prétorien, peut l'intenter; de même, l'acheteur de l'hérédité acquise, le fidéicommissaire universel, l'adrogé impubère pour sa quarte [5].

Il n'est pas nécessaire que le demandeur ni que le défendeur soit en possession. Si le demandeur n'est pas en possession et que le défendeur conteste sa qualité d'héritier, l'exception NE PRÆJUDICIUM HEREDITATI FIAT a pour effet d'écarter le demandeur jusqu'à ce qu'il ait fait reconnaître son droit par pétition d'hérédité. S'il est en possession, cette exception est jugée dans le procès en partage. Le fait d'intenter l'action *familiæ*

---

[2] Nul n'est contraint de rester dans l'indivision. Ce principe romain est consacré par le Code civil (815), le Code autrichien (830, 1481), le Code prussien, I, 17 § 76, 117-122. (Imprescriptibilité de l'action en partage.)

[3] Si le partage a été réglé par le testateur, les héritiers doivent s'y conformer. — Gordien, L. 10 C. *Familiæ erciscundæ :* Quotiens inter omnes heredes testator successionem dividit ac singulos certis possessionibus, cum mancipiis, quæ in eisdem sunt constituta, jubet esse contentos, voluntati ejus, salva legis Falcidiæ auctoritate, obtemperandum esse manifestum est...

[4] *Introduction historique*, § 153.

[5] *Supra*, § 35-37. *Infra*, § 82-83.

erciscundæ n'implique point la reconnaissance du droit d'hérédité du défendeur.

L'adjudication confère la propriété des choses adjugées : l'adjudicataire échange sa copropriété de tous les objets de la succession contre la propriété exclusive de certains objets. Le partage est translatif de propriété ; chaque héritier tient sa propriété des ses cohéritiers au prorata de leurs parts, et il a son recours contre eux en cas d'éviction. Le juge est arbitre, muni d'un pouvoir discrétionnaire étendu, qui n'est limité que par la volonté du défunt et l'unanimité des héritiers. Outre le partage, but premier et principal de l'action, divers autres points peuvent être réglés dans le procès : des questions de prélegs [6], de rapport [7], de fruits, d'indemnités pour impenses et pour dommage causé par faute ou dol.

La sentence de partage fait chose jugée.

Tit. D. *Familiæ erciscundæ* X, 2. — C. *Familiæ erciscundæ* III, 36. *Communia utriusque judicii tam familiæ erciscundæ quam communi dividundo* III, 38.

Dioclétien et Maximien, L. 5 C. *Communi dividundo* III, 37 (294-305) : In communione vel societate nemo compellitur invitus detineri...

Gaius, L. 1 pr. *Familiæ erciscundæ* : Hæc actio proficiscitur e lege duodecim tabularum : namque heredibus volentibus a communione discedere, necessarium videbatur, aliquam actionem constitui, qua inter eos res hereditariæ distribuerentur. § 1. Quæ quidem actio nihilominus

---

[6] *Infra*, § 58-59.
[7] *Infra*, § 53-54.

ei quoque ipso jure competit, qui suam partem non possidet : sed si is qui possidet, neget eum sibi coheredem esse, potest eum excludere per hanc exceptionem : SI IN EA RE, QUA DE AGITUR, PRÆJUDICIUM HEREDITATI NON FIAT ; quod si possideat eam partem, licet negetur esse coheres, non nocet talis exceptio : quo fit, ut in eo casu ipse judex, apud quem hoc judicium agitur, cognoscat, an coheres sit : nisi enim coheres sit, neque adjudicari quicquam ei oportet, neque adversarius ei condemnandus est.

Ulpien, L. 2, même titre : Per familiæ erciscundæ actionem dividitur hereditas, sive ex testamento sive ab intestato, sive ex lege duodecim tabularum sive ex aliqua (*alia qua?*) lege deferatur hereditas vel ex senatusconsulto vel etiam constitutione : et generaliter eorum duntaxat dividi hereditas potest, quorum peti potest hereditas. § 3. In familiæ erciscundæ judicio unusquisque heredum et rei et actoris partes sustinet. § 4. Dubitandum autem non est, quin familiæ erciscundæ judicium et inter pauciores heredes ex pluribus accipi possit. § 5. In hoc judicium etsi nomina non veniunt, tamen si stipulationes interpositæ fuerint de divisione eorum, ut stetur ei et ut alter alteri mandet actiones, procuratoremque eum in suam rem faciat, stabitur divisioni.

Julien, L. 10 *Finium regundorum* X, 1 : Judicium communi dividundo, familiæ erciscundæ tale est, ut in eo singulæ personæ duplex jus habeant, agentis et ejus cum quo agitur.

Paul, L. 25 § 2 *Familiæ erciscundæ :* Quantum vero ad accipiendum familiæ erciscundæ judicium, nihil interest, possideat quis hereditatem necne.

Scévola, L. 37, même titre : Qui familiæ erciscundæ judicio agit, non confitetur adversarium sibi esse coheredem.

§ 4 J. *De officio judicis* IV, 17 : Si familiæ erciscundæ judicio actum sit, singulas res singulis heredibus adjudicare debet et, si in alterius persona prægravare videtur adjudicatio, debet hunc invicem coheredi certa pecunia,

sicut jam dictum est, condemnare. Eo quoque nomine coheredi quisque suo condemnandus est, quod solus fructus hereditarii fundi percepit aut rem hereditariam corrupit aut consumpsit. Quæ quidem similiter inter plures quoque quam duos coheredes subsequuntur. § 7. Quod autem istis judiciis alicui adjudicatum sit, id statim ejus fit, cui adjudicatum est.

Ulpien, L. 22 § 1 *Familiæ erciscundæ* : Familiæ erciscundæ judex ita potest pluribus eandem rem adjudicare, si aut pluribus fuerit unius rei præceptio relicta (ubi etiam necessitatem facere Pomponius scribit, ut pluribus adjudicetur) vel si certam partem unicuique coheredum assignet : sed potest etiam licitatione admissa uni rem adjudicare. § 3. Sed etiam, cum adjudicat, poterit imponere aliquam servitutem, ut alium alii servum faciat ex iis, quos adjudicat : sed si pure alii adjudicaverit fundum, (*alii*) alium adjudicando amplius servitutem imponere non poterit. § 4. Familiæ erciscundæ judicium ex duobus constat, id est rebus atque præstationibus, quæ sunt personales actiones.

Le même, L. 55, même titre : Si familiæ erciscundæ vel communi dividundo judicium agatur et divisio tam difficilis sit, ut pene impossibilis esse videatur, potest judex in unius personam totam condemnationem conferre et adjudicare omnes res.

Dioclétien et Maximien, L. 14 C. *Familiæ erciscundæ* (287-290) : Si familiæ erciscundæ judicio, quo bona paterna inter *te et fratrem* divisa sunt, nihil super evictione rerum singulis adjudicatarum inter vos convenit, id est, ut unusquisque eventum rei suscipiat, recte possessionis evictæ detri mentum fratrem tuum et coheredem pro parte agnoscere, præses provinciæ per actionem præscriptis verbis compellet.

Paul, L. 44 § 3 *Familiæ erciscundæ* : Fructus quos ante aditam hereditatem ex fundo hereditario heres capit, non aliter familiæ erciscundæ judicio præstare eum Julianus ait, quam si, cum sciret hereditarium fundum esse, ceperit.

§ 8. Si duo coheredes damnati sint statuam ponere, et altero cessante alter eam fecerit, non esse iniquum Julianus ait, familiæ erciscundæ judicium dari, ut pars impendiorum boni viri arbitratu præstetur.

Le même, L. 25 § 16, même titre : Non tantum dolum, sed et culpam in re hereditaria præstare debet coheres, quoniam cum coherede non contrahimus, sed incidimus in eum : non tamen diligentiam præstare debet, qualem diligens pater familias, quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi et ideo negotiorum gestorum ei actio non competit : talem igitur diligentiam præstare debet, qualem in suis rebus. Eadem sunt, si duobus res legata sit : nam et hos conjunxit ad societatem non consensus, sed res.

Ulpien, L. 16 § 4, même titre : ... Omnia, quæ quis in hereditate dolo aut culpa fecerit, in familiæ erciscundæ judicium veniunt, sic tamen, si quasi heres fecerit...

3. Par l'*arbitrium familiæ erciscundæ*, la communauté résultant de l'héritage est dissoute entièrement. Il n'y a plus désormais ni hoirie ni cohéritiers. L'action ne peut donc s'intenter qu'une fois. Si la communauté est maintenue pour certains biens, c'est l'action divisoire ordinaire, *communi dividundo*, qui la fera cesser.

Paul, L. 25 § 20 *Familiæ erciscundæ* : Judex familiæ erciscundæ nihil debet indivisum relinquere.

Le même, L. 27, même titre : In hoc judicio condemnationes et absolutiones in omnium persona faciendæ sunt. Et ideo, si in alicujus persona omissa sit damnatio, in ceterorum quoque persona quod fecit judex non valebit, quia non potest ex uno judicio res judicata in partem valere, in partem non valere.

Ulpien, L. 20 § 4, même titre : Familiæ erciscundæ judicium amplius quam semel agi non potest, nisi causa cognita. Quodsi quædam res indivisæ relictæ sunt, communi dividundo de his agi potest.

§ 53. — *Ancienne collation des biens et de la dot.*

FRANCKE, *Grundzüge der Lehre des Römischen Rechts von der Collation. Zivilistische Abhandlungen* IV. FEIN, *Das Recht der Collation*. Heidelberg, 1842. MAYNZ, § 388. ARNDTS, § 528-530. BRINZ, § 169-172. KELLER, *Inst.* § 323. *Pandekten*, § 538-540. PUCHTA, § 512. TEWES, § 66-68. VANGEROW, § 515-116. VERING, p. 599-607. 651-659. WINDSCHEID, § 609-610.

1. Le préteur, plaçant l'émancipé sur la même ligne que les *sui* et de tous ensemble formant la classe des *liberi*, faisait subir aux *sui* un préjudice que rien ne justifiait. Qu'arrivait-il, en effet, si, du vivant du *De Cujus*, les *sui* et l'émancipé avaient exercé un état ou un métier lucratif, ou s'ils avaient reçu des donations, des legs, des héritages? C'était pour lui-même que l'émancipé avait acquis; il avait pu s'enrichir, tandis que chaque *suus* acquérait forcément au *De Cujus* et l'enrichissait.

Et voilà, maintenant, qu'ils se voyaient appelés tous ensemble à la succession de ce *De Cujus*, sur un pied d'égalité!

Cette égalité constituait évidemment une inégalité flagrante.

Pour la corriger, le préteur a déclaré, en appelant les *liberi*, que si l'émancipé veut concourir avec les *sui*, il doit les faire participer à sa fortune personnelle. Il doit *apporter* sa fortune aux *sui*, la *conférer*.

2. Cette *collation* a lieu selon les principes suivants :

L'émancipé ne confère qu'aux *sui*, et seulement en

tant qu'il leur porte préjudice par son concours. Il ne confère pas aux autres émancipés.

Il confère sa fortune telle qu'elle est à l'instant de la mort du *De Cujus*, avec les fruits à partir de cet instant, mais en déduisant la dot de sa femme et ce qui constituerait chez un *suus* le pécule castrense et quasi-castrense.

Pour établir la somme que chaque émancipé doit conférer, on ne tient pas compte de ceux qui n'ont pas droit à collation, mais seulement du conférant et des *sui*. Le conférant partage avec ceux-ci. Il garde donc pour lui une fraction de sa fortune conférable, fraction dont le dénominateur est donné par le nombre des *sui* plus un [1].

3. Telle est la collation du droit ancien. Elle subsiste en droit nouveau, très-réduite par suite de la généralisation des pécules, qui permet aux *sui* d'avoir des biens à eux comme les émancipés ; elle ne porte plus que sur les biens que l'émancipé a reçus du père (biens profectices) [2].

---

[1] Si donc il y a quatre *sui* ayant droit à collation et si la fortune conférable est de 10,000, le conférant en gardera un cinquième, savoir 2,000, et chacun des *sui* recevra également 2,000. S'il y a un autre conférant avec une fortune conférable de 5,000, le second conférant partagera de même avec les quatre *sui*, et chacun aura 1,000.

[2] La question de savoir si cette collation des émancipés a disparu du droit de Justinien après la Novelle CXVIII est très-controversée. Elle doit être résolue négativement dans la mesure indiquée par le texte. Il est vrai que la Novelle fonde le droit de succession des émancipés non plus sur la fiction qui en faisait des *sui*, mais sur leur seule qualité de descendants du *De Cujus*. Il n'est pas moins vrai que l'émancipé a acquis pour lui et que le *suus* n'a pu le faire. — La jurisprudence moderne ne connaît plus cette collation.

Tit. D. *De collatione* XXXVII, 6; *De dotis collatione*, 7. Tit. C. *De collationibus* VI, 20.

Paul V, 9, 4 : Emancipati liberi præteriti si velint se miscere paternæ hereditati et cum his, qui in potestate remanserint, communis patris dividere hereditatem, antequam bonorum possessionem petant, de conferendo cavere cum satisdatione debebunt. Quodsi satisdare non possunt, statim ex fide bonorum confusionem, excepto peculio castrensi, facere cogendi sunt.

Julien, L. 3 § 3 *De collatione* : Emancipati bona sua conferre his, qui in potestate fuerunt, jubentur.

Ulpien, L. 1, même titre : Hic titulus manifestam habet æquitatem : cum enim prætor ad bonorum possessionem contra tabulas emancipatos admittat participesque faciat cum his, qui sunt in potestate, bonorum paternorum : consequens esse credit, ut sua quoque bona in medium conferant, qui appetant paterna. § 1. Inter eos dabitur collatio, quibus possessio data est. § 5. Totiens igitur collationi locus est, quotiens aliquo incommodo adfectus est is qui in potestate est interventu emancipati : ceterum si non est, collatio cessabit.

Dioclétien et Maximien, L. 9 C. *De collationibus* (294) : Si emancipati utrique a patre fuistis, collatio cessat. Sin autem frater tuus in potestate mortis tempore fuerat, ab intestato te ad successionem paternam venientem ad collationem jure provocat.

Scévola, L. 10 *De collatione* : Si filius in potestate heres institutus adeat et emancipato petente bonorum possessionem contra tabulas ipse non petat, nec conferendum est ei : et ita edictum se habet. Scævola : Sed magis sentio, ut, quemadmodum pro parte hereditatem retinet jure eo, quod bonorum possessionem petere posset, ita et conferri ei debeat, utique cum injuriam per bonorum possessionem patiatur.

Paul, L. 2 § 1, même titre : Illud autem intelligendum est filium in bonis habere, quod deducto ære alieno superest. Sed si sub condicione debeat, non statim id deducere

debebit, sed id quoque conferre : contra autem caveri ei oportebit ab eo qui in potestate est, ut existente condicione defendatur pro ea parte quam contulit.

Ulpien, L. 1 citée, § 15 : Nec castrense nec quasi castrense peculium fratribus confertur : hoc enim præcipuum esse oportere multis constitutionibus continetur. § 16. § 20. Emancipatus filius si dotem habeat ab uxore acceptam, hoc minus confert, etsi ante uxor decesserit. § 22. § 23. Confertur autem etiam si quid ejus non fuerit, dolo malo autem factum sit, quominus esset : sed hoc sic accipiendum est, ut hoc demum conferatur, quod ejus esse desiit dolo malo ; ceterum si id egit, ne adquireret, non venit in collationem : nam hic et sibi insidiatus est. § 24. Portiones collationum ita erunt faciendæ : ut puta duo sunt filii in potestate, unus emancipatus habens trecenta : ducenta fratribus confert, sibi centum : facit enim eis partem, quamvis is sit, cui conferri non solet. Quodsi duo sint filii emancipati habentes trecena, et duo in potestate, æque dicendum est singulos singulis, qui sint in potestate, centena conferre, centena retinere, sed ipsos invicem nihil conferre. Dotis quoque collatio in eundem modum fiet, ut quicumque confert, etiam suam personam numeret in partibus faciendis.

Paul, L. 2 § 2, même titre : De illis, quæ sine culpa filii emancipati post mortem patris perierunt, quæritur, ad cujus detrimentum ea pertinere debeant. Et plerique putant, quæ sine dolo et culpa perierint, ad collationis onus non pertinere. Et hoc ex illis verbis intelligendum est, quibus Prætor viri boni arbitratu jubet conferri bona. Vir autem non sit arbitraturus, conferendum id, quod nec habet, nec dolo nec culpa desiit habere. § 5. Si tres emancipati, duo in potestate sint, Gaius Cassius libro septimo juris civilis tertias conferendas putat, ut emancipati, quia invicem non conferunt, unius loco sint : nec indignari eos oportere, si plus conferant et minus accipiant, quia in potestate eorum fuerit bonorum possessionem omittere. Julianus quoque Cassii sententiam sequitur.

4. Le préteur enjoignait à la *sua* de conférer sa dot, si elle voulait participer à la *bonorum possessio intestati* ou *contra tabulas*. Cette collation s'opérait de la même manière que celle de l'émancipé : en faveur des *sui* et des émancipés, si la dot était profectice ; des *sui* seuls, si elle était adventice.

La collation de la dot adventice a disparu du droit nouveau, par suite du développement de la théorie des adventices. La collation de la dot profectice s'est confondue avec la collation générale des descendants, dont je traite au prochain paragraphe.

Léon a étendu l'obligation de conférer la dot à toutes les descendantes, y compris les émancipées ; par analogie, les descendants du sexe masculin confèrent la donation à cause de noces.

Tit. D. *De dotis collatione* XXXVII, 7.

Ulpien, L. 1 pr. *De dotis collatione :* Quamquam ita demum ad collationem dotis prætor cogat filiam, si petat bonorum possessionem, attamen etsi non petat, conferre debebit, si modo se bonis paternis misceat. Et hoc divus Pius Ulpio Hadriano rescripsit etiam eam, quæ non petierit bonorum possessionem, ad collationem dotis per arbitrum familiæ erciscundæ posse compelli. § 1... Etsi tantum promissa sit dos, collatio ejus fiet. § 2. Si sit nepos et neptis ex eodem filio et dotata sit neptis, sit et filius non pater eorum : neptis omnem dotem soli fratri collatura est. Emancipata autem neptis dotem et bona sua soli nepoti, non etiam patruo conferet. § 3. 4. 5. Cum dos confertur, impensarum necessariarum fit detractio, ceterarum non.

Le même, L. 3, même titre : Si filia fuerit heres instituta, collatione dotis non fungetur. Unde si commisso ab altero edicto necesse habuerit contra tabulas bonorum posses-

sionem accipere, dicendum est, quoniam nullam injuriam fratri facit, non debere eam dotem conferre : nam quod habuit ex judicio, convertitur ad contra tabulas bonorum possessionem. Plane si ex minore parte fuit heres instituta et alia quædam in eam contulit contra tabulas bonorum possessio aucta portione ejus, dicendum erit, collationis munere eam fungi, nisi forte contenta fuerit portione, ex qua instituta est : tunc enim dicendum est, ex judicio parentis eam venientem non debere munus collationis sustinere.

Gordien, L. 4 C. *De collationibus* (239) : Filiæ dotem in medium ita demum conferre coguntur, si vel ab intestato succedant, vel contra tabulas petant ; nec dubium est, profectitiam seu adventitiam dotem a patre datam vel constitutam, fratribus, qui in potestate fuerunt, conferendam esse. His etenim, qui in familia defuncti non sunt, profectitiam, tantummodo dotem post varias prudentium opiniones conferri placuit.

Léon, L. 17 C. même titre (469) : Ut liberis tam masculini quam feminini sexus, juris sui vel in potestate constitutis, quocumque jure intestatæ successionis... æqua lanc parique modo prospici possit, hoc etiam æquitatis studio præsenti legi credidimus inserendum, ut in dividendis rebus ab intestato defunctorum parentum tam dos quam ante nuptias donatio conferatur, quam pater vel mater, avus vel avia, proavus vel proavia, paternus vel maternus dederit vel promiserit pro filio vel filia, nepote vel nepte, aut pronepote sive pronepte ; ... emancipatis videlicet liberis utriusque sexus ... quæ in ipsa emancipatione a parentibus suis (ut adsolet fieri) consequuntur, vel post emancipationem ab iisdem acquisierint, collaturis.

§ 54. — *Collation du droit nouveau. Rapport.*

Auteurs cités au § 53.

Justinien a étendu la collation à la succession testamentaire et en a fait une obligation générale et réciproque des descendants venant à la succession de leur ascendant. Ils doivent conférer certains éléments patrimoniaux qu'ils ont reçus de lui de son vivant[1], afin de rétablir l'égalité qui doit résulter du fait probable que l'ascendant a pour tous la même affection : *æqualitas inter liberos servanda.*

Telle est l'idée fondamentale de la collation du droit nouveau, dont les traits principaux peuvent se résumer comme suit :

1. Les descendants du *De Cujus*, tant héritiers ab intestat qu'héritiers testamentaires successibles ab intestat, sont tenus de se faire réciproquement collation.

N'est tenu de conférer que celui qui est réellement héritier. Le descendant n'a pas à conférer, s'il refuse la succession ou s'il s'abstient. Il n'a pas à conférer non plus, s'il n'a que sa légitime, car il l'a plutôt comme créancier que comme héritier.

L'obligation de conférer est réalisée au moyen de l'action *familiæ erciscundæ.*

2. Les éléments à conférer sont : la dot, la dona-

---

[1] Donc, pas les legs, comme le voulait l'ancienne doctrine, qui a passé dans le Code civil, article 843.

tion à cause de noces, le prix d'achat d'un office vénal (*militia*); enfin la donation simple, si elle a été faite en avancement d'hoirie [2]. De plus, les fruits et accessions jusqu'au partage. L'héritier en demeure doit les intérêts moratoires [3].

Le testateur peut imposer d'autres collations encore, par exemple, celle des frais d'étude ou d'apprentissage. Il y a là, en réalité, un legs en faveur des autres descendants.

On voit que la collation du droit nouveau est un *rapport*, et c'est sous ce nom qu'elle est connue dans la jurisprudence moderne des pays de langue française[4].

---

[2] Plusieurs auteurs y ajoutent ce que l'ascendant a donné pour l'établissement du descendant, *subsidium paternum*. Cette opinion, erronée en ce qui concerne le droit romain, a prévalu dans la jurisprudence du droit commun et dans plusieurs législations. Code civil 851.

La donation simple est présumée, selon le droit français, être faite en avancement d'hoirie. Code civil 843.

La disposition relative à la *militia* est sans application dans les pays du droit commun.

La donation à cause de noces proprement dite, étant hors d'usage dans le droit commun, a été remplacée par ce qui est donné au descendant en vue de son établissement par mariage (trousseau, etc.).

[3] La demeure est régie par les principes ordinaires. Il faut, en particulier, mise en demeure par interpellation. — L. 5 § 1 *De collatione*.

[4] La collation se retrouve dans les diverses législations modernes avec de nombreuses variantes. Les Codes autrichien et saxon n'admettent le rapport dans la succession testamentaire que si le testateur le prescrit expressément.

Grande variété surtout à l'égard des libéralités qui sont sujettes à rapport.

L'idée du rapport existe aussi dans le droit germanique. *Sachsenspiegel* I, 13. *Schwabenspiegel*, 128.

3. La collation a lieu en tant que l'héritier se trouve encore actuellement enrichi par la libéralité qui lui a été faite. Il a droit au remboursement de ses impenses nécessaires et utiles.

Chacun des héritiers à rapport doit avoir la part qu'il aurait si l'élément patrimonial à rapporter était encore dans la succession [5].

Le rapport a lieu en nature ou en espèces ou en moins-prenant, au choix du conférant. Dans les deux derniers cas, l'objet à rapporter sera évalué au moment du partage. Si le rapport ne peut s'opérer, le conférant fournira caution [6].

4. Le rapport est fondé sur la volonté présumée du défunt; il n'a donc pas lieu, si le défunt a manifesté la volonté contraire par une dispense de rapport.

Titres du Digeste et du Code, cités au § 53. Novelle XVIII, chap. 6. Novelle XCII *De immensis donationibus in liberos collatis* (539). Novelle XCVII *De æqualitate dotis et donationis propter nuptias*, chapitre 6 (539).

Le rapport du Code civil paraît être plutôt d'origine coutumière. ARNTZ I, 1513. Sur le Droit prussien en matière de rapport (*Ausgleichung*), FŒRSTER, § 274. Droit autrichien (*Anrechnung*), UNGER, § 45-47. Législations suisses, *Revue de droit international et de législation comparée*, IX, p. 353.

[5] Exemple : le testateur a institué son fils A pour un quart, son fils B pour un quart, et un étranger C pour moitié. A possède 10,000 solides sujets à rapport. Il ne rapportera que 2,500 à B. En effet, il ne rapporte pas à C qui n'est pas successible ab intestat, et si les 10,000 étaient encore dans la succession, B n'en aurait qu'un quart.

[6] Dans tout ceci, nombre de points controversés et de questions ardues, qui ne doivent pas être traitées dans un cours élémentaire.

Justinien, L. 19 *De collationibus* (528) : Illam merito dubitationem amputare duximus, quæ super collatione dotis vel ante nuptias donationis inter certas personas satis jam ventilata est. Nam si intestatus quis defunctus esset, filio vel filiis vel filia vel filiabus relictis, et ex mortua filia vel filio cujuscumque sexus aut numeri nepotibus, vel si qua intestata defuncta esset, filio quidem vel filiis similiter relictis, ex mortuo vero filio vel filia itidem nepotibus cujuscumque sexus, de modo quidem successionis minime dubitabatur, sed palam erat, quod hujusmodi nepotes duas partes paternæ vel maternæ portionis tantummodo haberent, tertiam partem patruis suis vel avunculis vel amitis vel materteris pro jam posita constitutione concedentes. De collatione vero dotis vel ante nuptias donationis, quam defuncta persona pro filio vel filia superstitibus et pro mortuo vel mortua filio vel filia dedisset, multa dubitatio orta est, superstitibus quidem filiis defunctæ personæ, non debere se dotem et ante nuptias donationem, pro se datam a suo patre vel matre, conferre filiis mortui fratris sui vel mortuæ sororis suæ contendentibus eo, quod nulla constitutio super hujusmodi collatione posita est, nepotibus vero mortuæ personæ non tantum huic resistentibus, sed etiam illud asserentibus, quod onus collationis constitutione Arcadii et Honorii divæ memoriæ sibi impositum, in personis tantummodo suorum avunculorum, non etiam patruorum vel materterarum locum habere potest. Talem igitur subtilem dubitationem amputantes præcipimus, tam filios quam filias defunctæ personæ dotem vel ante nuptias donationem a parentibus suis sibi datam conferre nepotibus vel neptibus mortuæ personæ, quam eosdem nepotes vel neptes patruis suis aut avunculis, amitis etiam et materteris dotem et ante nuptias donationem patris sui vel matris, quam pro eo vel ea mortua persona dedit, similiter conferre, ut commixtis hujusmodi collationibus cum bonis mortuæ personæ, duas quidem partes nepotes vel neptes habeant illius portionis, quæ patri vel matri eorum, si superesset, deferebatur, tertiam vero ejusdem portionis partem una cum

sibi competentibus portionibus filii vel filiæ defunctæ personæ, cujus de hereditate agitur, capiant.

Le même, L. 20, même titre (529) : Illud sine ratione a quibusdam in dubietatem deductum plana sanctione revelamus, ut omnia, quæ in quartam portionem ab intestato successionis computantur his, qui ad actionem de inofficioso testamento vocantur, etiam si intestatus is decesserit, ad cujus hereditatem veniunt, omnimodo coheredibus suis conferant. Quod tam in aliis, quam in his, quæ occasione militiæ uni heredum ex defuncti pecuniis acquisitæ lucratur is, qui militiam meruit, locum habebit, ut lucrum, quod tempore mortis defuncti ad eum pervenire poterat, non solum testamento condito quartæ parti ab intestato successionis computetur, sed etiam ab intestato conferatur. Hæc autem regula, ut omnia, quæ portioni quartæ computantur, etiam ab intestato conferantur, minime e contrario tenebit, ut possit quis dicere, etiam illa, quæ conferuntur, omnimodo in quartam partem his computari, qui ad inofficiosi querelam vocantur. Ea enim tantummodo ex his, quæ conferuntur, memoratæ portioni computabuntur, pro quibus specialiter legibus, ut hoc fieret, expressum est. § 1. Ad hæc quum ante nuptias donatio vel dos, a patre data vel matre vel aliis parentibus pro filio vel filia, nepote vel nepte ceterisque descendentibus, conferatur, si unus quidem vel una liberorum ante nuptias tantummodo donationem vel dotem, non etiam simplicem donationem accepit vel acceperit, alter vero vel altera neque dotem neque donationem ante nuptias a parente suo suscepit vel susceperit, sed simplicem tantummodo donationem, ne ex eo injustum aliquid oriatur, ea quidem persona, quæ ante nuptias donationem vel dotem suscepit, conferre eam cogenda, illa vero, quæ simplicem tantummodo donationem meruit, ad collationem ejus minime coarctanda, si quid hujusmodi accidit vel acciderit. Jubemus ad similitudinem ejus, qui ante nuptias donationem vel dotem conferre cogitur, etiam illam personam, quæ, nulla dote vel ante nuptias donatione data, solam simplicem donationem a parentibus suis accepit,

conferre eam, nec recusare collationem eo, quod simplex donatio non aliter confertur, nisi hujusmodi legem donator tempore donationis suæ indulgentiæ imposuerit. — L. 21 (530 ou 532) : ... Necessarium duximus... hoc addere, ut res, quas parentibus acquirendas esse prohibuimus, nec collationi post obitum eorum inter liberos subjaceant. Ut enim castrense peculium in commune conferre in hereditate dividenda et ex prisci juris auctoritate minime aquirantur, ita et alias res, quæ minime parentibus acquiruntur, proprias liberis manere censemus.

Novelle XVIII, ch. 6 (536) : Illud quoque hac lege complecti pulcrum duximus; quum enim prioribus legibus constitutum esset de collationibus, ut, si parentes intestati moriantur, collationes secundum vim suam fierent, sin vero testamento facto nihil de illis dixerint, collationibus locus non esset, sed res dotis vel alio nomine datæ retinerentur, et relicta vindicarentur, nos sancimus, ne talis præsumtio ullo modo locum habeat, sed sive quis decedat intestatus, sive testatus (quoniam incertum est, oblitusne eorum, quæ data sunt, an perturbationem mortis pressus mentionem illius rei non fecerit), omnino collatio æqualiter fiat, uti jam constitutum est, nisi ille expresse disposuerit, se collationem fieri nolle, sed eum, qui a lege conferre cogitur, habere et id, quod datum est, et juribus testamento delatis frui. Omnia autem, quæ antea a nobis de collationibus sancita sunt, in suo robore maneant.

Tryphonin, L. 9 *De dotis collatione* : Fuit quæstionis, an, si sua heres filia patri cum fratribus contenta dote abstineat se bonis, compellatur eam conferre. Et divus Marcus rescripsit, non compelli abstinentem se ab hereditate patris. Ergo non tantum data apud maritum remanebit, sed et promissa et igitur etiam a fratribus et est æris alieni loco : abscessit enim a bonis patris.

Julien, L. 3 § 5 *De collatione* : Emancipatus præteritus si, dum deliberat, caverit de bonorum collatione, nec bonorum possessionem petierit, agente fratre ex stipulatu ipso jure tutus erit. Sed et si pecuniam contulerit, condicione

eam repetit; omissa enim bonorum possessione incipit pecunia sine causa esse apud heredem.

Dioclétien et Maximien, L. 25 C. *Familiæ erciscundæ* III, 36 (295) : Ex causa donationis vel aliunde tibi quæsita, si avi successionem respueris, conferre fratribus compelli non potes.

Ulpien, L. 1 pr. *De dotis collatione.* § 53.

CHAPITRE VII.

LES SUCCESSIONS PARTICULIÈRES À CAUSE DE MORT.

CHAPITRE VII.

LES SUCCESSIONS PARTICULIÈRES A CAUSE DE MORT.

§ 55. — *Observation préliminaire.*

ARNDTS, continuation de GLUECK, tomes XLVI-XLVIII (1868-1875). ROSSHIRT, *Die Lehre von den Vermächtnissen nach Römischem Rechte.* Heidelberg, 1835. MAYER, *Die Lehre von den Legaten und Fideicommissen.* Tubingue, 1854.

Le *legs* est la succession particulière à cause de mort principale et par excellence. On le trouve dans l'ancien droit et dans le nouveau, et il est permis de le mentionner seul à côté de l'hérédité, succession universelle.

A partir d'un certain moment cependant, il existe à côté du legs, succession civile et régulière, une succession extraordinaire qui est le *fidéicommis.* Durant toute l'époque des empereurs payens et jusqu'à Justinien, on constate en cette matière un dualisme analogue, non semblable, à celui qu'offrent l'hérédité et la possession des biens, ou encore la propriété quiritaire et la propriété bonitaire.

En droit nouveau, ces deux successions particulières

n'en font plus qu'une, qui doit être appelée indistinctement de l'un ou de l'autre nom. Le nom du legs a prévalu [1].

Grâce à un développement de plusieurs siècles, le legs du droit justinianéen est fort différent du legs de l'ancien droit. J'exposerai ce développement et son résultat dans la première section du présent chapitre; dans la deuxième, je parlerai du fidéicommis et de son assimilation au legs; dans une troisième section, des donations à cause de mort et de quelques autres espèces où il y a succession plutôt à l'occasion de mort qu'à cause de mort.

Ce chapitre ne traite que des successions particulières.

Mais le fidéicommis particulier n'est pas le seul. Il existe aussi, à partir de l'ère impériale, un fidéicommis universel, une *hérédité fidéicommissaire*, qui forme, à certains points de vue, comme un intermédiaire entre

---

[1] J'ai dit plus haut que les jurisconsultes classiques donnaient déjà aux mots *legare*, *legatum*, un sens général. *Supra*, § 2. On verra, dans les textes qui sont transcrits aux paragraphes suivants, que les mots *fideicommissum* et *legatum* doivent être considérés comme équipollents, au point de vue du droit de Justinien; il va sans dire qu'ils ne l'étaient nullement pour les auteurs mêmes.

La notion du legs en droit autrichien et en droit prussien est, en général, la même qu'en droit justinianéen. UNGER, § 54. FOERSTER, § 252. Le Code Napoléon ne distingue plus *l'héritier testamentaire* du *légataire*, qui est ou *légataire universel*, ou *légataire à titre universel*, ou *légataire à titre particulier;* peu importe que le testateur emploie les termes d'*institution* ou de *legs*. Le legs à titre particulier est régi par les principes du legs romain avec diverses modifications. C. c. 1002, 1014-1024. ARNTZ, § 2042-2044, 2076-2097.

les deux grandes catégories de succession, et qui a conservé dans le droit de Justinien sa physionomie à part; j'y consacrerai un chapitre spécial.

Tit. J. *De legatis* II, 20 et titres suivants.

Tit. D. *De legatis et fideicommissis* XXX, XXXI, XXXII et les livres suivants XXXIII-XXXVI.

Tit. C. VI, 36 *De codicillis.* 37 *De legatis* et suivants. 42 *De fideicommissis.* 43 *Communia de legatis et fideicommissis*, et les titres suivants 44-50.

SECTION PREMIÈRE.

LE LEGS.

---

§ 56. — *Notions générales.*

HARTMANN, *Begriff und Natur der Vermächtnisse im Römischen Recht.* Brunswick, 1872. MAYNZ, § 496-498. ARNDTS, § 541. BRINZ, § 207. KELLER, § 554. PUCHTA, § 452. TEWES, § 82. VERING, p. 668-670. WINDSCHEID, § 623-624.

1. Le testateur peut séparer de son patrimoine un ou plusieurs des éléments qui le composent, et en faire don à une ou plusieurs personnes qui ne sont point successeurs *in universum jus, in familiam defuncti,* mais *in singula jura, in singulas res.* Il y a là une diminution de l'hérédité, *delibatio hereditatis*, et une donation par dernière volonté, *donatio testamento prædicta.*

Cette notion fondamentale et primitive du legs a été modifiée graduellement, à peu près de tout point, ainsi qu'on le verra dans la suite.

Le legs ne saurait avoir d'autre source qu'un acte de dernière volonté, c'est-à-dire un testament et, dès l'époque classique, un codicille; d'où il résulte que nul

ne peut laisser de legs s'il n'est capable de dernière volonté[1]; d'autre part, toute personne capable de faire un acte de dernière volonté est capable de léguer.

§ 1 J. *De legatis*. L. 16 pr. *De legatis* 1. L. 36 *De legatis* 3. *Supra*, § 2.

Justinien, L. 2 C. *Communia de legatis* (531) : ... Et si specialiter legati tantum faciat testator mentionem, hoc et legatum et fideicommissum intelligatur, et si fidei heredis vel legatarii aliquid committatur, hoc et legatum esse videatur. Nos enim non verbis, sed ipsis rebus leges imponimus.

Ulpien, L. 2 *De legatis* 1 : Sciendum est, eos demum fideicommissum posse relinquere, qui testandi jus habent.

2. Le legs est une libéralité en faveur du légataire. On en tirait dans l'ancien droit cette conséquence : si le testateur avait moins voulu faire une libéralité qu'exercer une pression sur l'héritier en lui imposant un sacrifice éventuel, on disait le legs *pœnæ nomine relictum* et on le tenait, comme tel, pour immoral et nul. Ce principe fut étendu aux fidéicommis, aux libertés, aux institutions. Justinien l'a aboli, tout en sauvegardant les intérêts de la moralité publique.

Tit. D. *De his quæ pœnæ causa relinquuntur* XXXIV, 6. C. *De his quæ pœnæ nomine in testamento vel codicillis relinquuntur* (VI, 41).

Capitolin, *Pius*, ch. 8 : Primus constituit, ne pœnæ causa legatum relictum maneret.

---

[1] Le père qui teste pour son enfant par testament pupillaire ne peut léguer pour lui. L. 11 § 5-8, 79-80, 87 § 7, 94 pr. *Ad legem Falcidiam* XXXV, 2.

Gaius II, 235 : Pœnæ quoque nomine inutiliter legatur : pœnæ autem nomine legari videtur, quod coercendi heredis causa relinquitur, quo magis heres aliquid faciat aut non faciat, veluti quod ita legatur : SI HERES MEUS FILIAM SUAM TITIO IN MATRIMONIUM CONLOCAVERIT, X (*milia*) SEIO DATO, vel ita : SI FILIAM TITIO IN MATRIMONIUM NON CONLOCAVERIS, X MILIA TITIO DATO; sed et si heredem, (si) verbi gratia intra biennium monumentum sibi non fecerit, X Titio dare jusserit, pœnæ nomine legatum est. Et denique ex ipsa definitione multas similes species vel causas fingere possumus. 236. Nec libertas quidem pœnæ nomine dari potest, quamvis de ea re fuerit quæsitum.

Marcien, L. 2 de ce titre : Pœnam a condicione voluntas testatoris separat et an pœna, an condicio, an translatio sit, ex voluntate defuncti apparet : idque divi Severus et Antoninus rescripserunt.

§ 36 J. *De legatis* II, 20 : Pœnæ quoque nomine inutiliter legabatur... Et in tantum hæc regula observabatur, ut perquam pluribus principalibus constitutionibus significetur nec principem quidem agnoscere, quod ei pœnæ nomine legatum sit. Nec ex militis quidem testamento talia legata valebant, quamvis aliæ militum voluntates in ordinandis testamentis valde observantur. Quin etiam nec libertatem pœnæ nomine dari posse placebat. Eo amplius nec heredem pœnæ nomine adjici posse, Sabinus existimabat... At ejusmodi scrupulositas nobis non placuit, et generaliter ea quæ relinquuntur, licet pœnæ nomine fuerint relicta vel adempta vel in alios translata, nihil distare a ceteris legatis constituimus vel in dando vel in adimendo vel in transferendo : exceptis his videlicet, quæ impossibilia sunt vel legibus interdicta aut alias probrosa : hujusmodi enim testatorum dispositiones valere secta temporum meorum non patitur.

§ 57. — *Le grevé.*

MAYNZ, § 501, 506. ARNDTS, § 542. BRINZ, § 209. KELLER, § 557. PUCHTA, § 524. TEWES, § 83. VANGEROW, § 521. VERING, p. 678-687. WINDSCHEID, § 626.

1. L'ancien droit tenait strictement au caractère du legs, *delibatio hereditatis*. D'où la règle, que le testateur ne pouvait imposer de legs qu'à un héritier, jamais à un légataire : *a legatario legari non potest.*

En droit nouveau[1], toute personne qui reçoit quelque chose du défunt, directement ou indirectement, *mortis causa* et par la volonté du défunt, *ex judicio defuncti*, peut être grevée d'un legs. Ainsi, l'héritier ab intestat; le légataire; le donataire à cause de mort; le fisc sur les biens vacants qui lui sont dévolus; les héritiers de l'héritier et du légataire; le substitué pupillairement; le père qui profite de ce qui est laissé à son enfant sous puissance; la personne qui reçoit quelque chose *condicionis implendæ causa*[2]. Le légitimaire qui ne reçoit que sa légitime ne peut être grevé, puisqu'il ne reçoit pas de la volonté du défunt, mais de la loi.

Nul ne peut être grevé au delà de son émolument[3].

2. Le plus souvent, c'est l'héritier qui est grevé.

---

[1] Grâce au développement exposé au § 79.

[2] *Infra*, § 81.

[3] Sauf consentement de sa part; L. 70 § 1 *De legatis* 2. Sauf, en outre, la punition expressément infligée par Justinien à l'héritier qui fait adition sans inventaire : L. 22 § 14 C. *De jure deliberandi* VI, 30 Voyez plus haut, § 46.

S'il y a plusieurs héritiers, chacun peut être grevé de certains legs séparément.

A défaut d'affectation spéciale, le legs incombe à tous les héritiers; chacun d'eux est grevé proportionnellement à sa part héréditaire, indépendamment des autres.

Si le testateur a imposé le legs à tous les héritiers en termes exprès et en les énumérant nominativement, ils en sont tenus par parts viriles.

Si le testateur a chargé du legs certains seulement d'entre les héritiers, ils sont tenus, proportionnellement à leurs parts, du legs entier[4].

Les héritiers sont tenus solidairement si la prestation est indivisible, ou si le testateur l'a prescrit, soit d'une manière expresse, soit en leur imposant le legs alternativement.

Ulpien XXIV, 20 : A legatario legari non potest. 21. Legatum ab eo tantum dari potest, qui (heres institutus est) : ideoque filio familiæ herede instituto vel servo, neque a patre neque a domino legari potest. Cf. Gaius II, 271.

Pr. J. *De singulis rebus per fideicommissum* II, 24: Potest autem quis vel ipsum heredem rogare, ut alicui restituat, vel legatarium, quamvis a legatario legari non possit. § 1. Hoc solum observandum est, ne plus quisquam rogetur alicui restituere, quam ipse ex testamento ceperit: nam quod amplius est, inutiliter relinquitur.

Ulpien, L. 1 § 6 *De legatis* 3 : Sciendum est autem, eorum fidei committi posse, ad quos aliquid perventurum est morte

---

[4] Il y a d'ancienne date controverse sur ce point. Peut-être les Jurisconsultes romains étaient-ils partagés. Les textes se contredisent, mais on peut les mettre d'accord. Voyez *infra*, notes 5 et 6.

ejus, vel dum iis datur, vel dum iis non adimitur. § 7. Nec tantum proximi bonorum possessoris, verum inferioris quoque fidei committere possumus. § 8. Sed et ejus, qui nondum natus est, fidei committi posse, si modo natus nobis successurus sit.

Le même, L. 5 § 1, même titre : Si quis non ab herede vel a legatario, sed ab heredis vel legatarii herede fideicommissum reliquerit, hoc valere benignum est.

Papinien, L. 77 § 1 *De legatis* 2 : Eorum, quibus mortis causa donatum est, fidei committi quoquo tempore potest.

Justinien, L. 9 C. *Communia de legatis et fideicommissis* VI, 43 : Ab eo, qui neque legatum, neque fideicommissum, neque hereditatem vel mortis causa donationem accepit, nihil per fideicommissum relinqui potest.

Papinien, L. 11 *De legatis* 1 : Cum filio familias vel servo alieno legatum vel hereditas datur, fidei committi patris vel domini potest...

Julien, L. 92 § 2, même titre : Sicuti conceditur unicuique ab eo, ad quem legitima ejus hereditas vel bonorum possessio perventura est, fideicommissum dare, ita et ab eo, ad quem impuberis filii legitima hereditas vel bonorum possessio perventura est, fideicommissa recte dabuntur.

Le même, L. 96 § 4, même titre : Cui statuliber pecuniam dare jussus est, is rogari potest, ut eandem pecuniam alicui restituat.

Marcien, L. 114 § 2, même titre : Qui intestato decedit, et scit bona sua ad fiscum perventura vacantia fidei fisci committere potest. § 3... Placet, non plus posse rogari quem restituere, quam ei relictum est.

Paul, L. 122 § 2, même titre : Eum (*cum?*) cui sub hac conditione fundus legatus est, si centum heredi dedisset, si tantum sit in pretio fundi, quantum heredi dare jussus est, non est legatarius cogendus fideicommissum a se relictum præstare, quoniam nihil ex testamento videtur capere, qui tantum erogat, quantum accipit.

Le même, L. 6 § 1 *De legatis* 3 : Sic autem fideicommissum dari non poterit : « *Si Stichus Seji factus jussu ejus*

hereditatem adierit, rogo det, » quoniam qui fortuito, non judicio testatoris consequitur hereditatem vel legatum, non debet onerari, nec recipiendum est, ut, cui nihil dederis, eum rogando obliges.

Gaius, L. 2, même titre : Ex filio præterito, licet suus heres sit, fideicommissum relinqui non potest.

Julien, L. 86 § 3 *De legatis* 1 : Si fundus ab omnibus heredibus legatus sit, qui unius heredis esset, is quidem cujus fundus esset, non amplius quam partem suam præstabit, ceteri in reliquas partes tenebuntur.

Modestin, L. 33 pr. *De legatis* 2 : Respondit : legatorum petitio adversus heredes pro partibus hereditariis competit nec pro his, qui solvendo non sunt, onerari coheredes oportet.

Paul L. 98 *De legatis* 3 : Si plures gradus sint heredum et scriptum sit : *Heres meus dato*, ad omnes gradus hic sermo pertinet, sicuti hæc verba : *Quisquis mihi heres erit.* Itaque si quis velit non omnes heredes legatorum præstatione onerare, sed aliquos ex his, nominatim damnare debet.

Pomponius, L. 54 § 3 *De legatis* 1 : Si pars heredum nominata sit in legando, viriles partes heredes debent; si vero omnes, hereditarias[5].

Nératius, L. 124, même titre : Si heredes nominatim enumerati dare quid damnati sunt, propius est, ut viriles partes debeant, quia personarum enumeratio hunc effectum habet, ut exæquentur in legato præstando, qui, si nominati non essent, hereditarias partes debituri essent.

Paul, L. 17 *De duobus reis* XLV, 2 : Sive a certis personis heredum nominatim legatum esset, sive ab omnibus excepto aliquo, Atilicinus, Sabinus, Cassius pro hereditariis partibus totum eos legatum debituros aiunt, quia hereditas eos obligat. Idem est, cum omnes heredes nominantur[6].

---

[5] François de Marsis (voyez *Introduction historique*, § 218, p. 505) transpose les mots *viriles* et *hereditarias*.

[6] *Cum omnes heredes nominantur* signifie, d'après Cujas : Lorsque le testateur a dit : *Que tous mes héritiers soient grevés.*

Julien, L. 104 pr. *De legatis* 1 : Ab omnibus heredibus legatum ita erat : « *Quisquis mihi heres erit, damnas esto Titio dare centum.* » Deinde infra comprehensum erat, ne unus ex heredibus ei daret. Quæritur : reliqui heredes utrum tota centum dare deberent, an deducta unius illius hereditaria portione ? Respondit, verius esse, reliquos heredes tota centum dare, cum et significatio verborum non repugnet huic sententiæ et voluntas testatoris congruat.

Ulpien, L. 11 § 23 *De legatis* 3 : Si in opere civitatis faciendo aliquid relictum sit, unumquemque heredem in solidum teneri divus Marcus et Lucius Verus Proculæ rescripserunt. § 24. Ergo et in statua et in servitute ceterisque, quæ divisionem non recipiunt, idem divus Marcus rescripsit.

Paul, L. 7 *De servitute legata* XXXIII, 3 : Cum a pluribus heredibus institutis via legata est, quia partem non recipit, singuli heredes in solidum conveniuntur, quia et uno ex heredibus adeunte vindicari potest.

Pomponius, L. 8 § 1 *De legatis* 1 : Si ita scriptum sit : « *L. Titius heres meus aut Mævius heres meus decem Seio dato,* » cum utro velit, Seius aget, ut, si cum uno actum sit et solutum, alter liberetur, quasi si duo rei promittendi in solidum obligati fuissent : quid ergo, si ab altero partem petierit? Liberum ei erit, ab alterutro reliquum petere. Idem erit et si alter partem solvisset.

§ 58. — *Le légataire.*

MAYNZ, § 501, 520. ARNDTS, § 544, 549. BRINZ, § 209-211. KELLER, § 558-560. PUCHTA, § 525-527. TEWES, § 83-84. VANGEROW, § 522, 524. VERING, p. 671-678, 682-687. WINDSCHEID, § 625, 627. Pour les prélegs en particulier : BUCHHOLTZ, *Die Lehre von den Prälegaten.* Jena, 1850. — DEGENKOLB, *De legato, quod fiebat per præceptionem.* Berlin, 1855. — CZYHLARZ, *Ueber das Legat per præceptionem*, dans la *Vierteljahrsschrift* de HAYMERL, III. 1860.

1. Le légataire, *honoratus*, doit avoir la *testamenti factio* comme l'héritier, et cela tant au moment de la

confection du testament qu'à celui où le droit au legs s'ouvre en sa faveur. On ne tient pas compte de l'entretemps [1].

Dans quelques cas exceptionnels cependant, la *testamenti factio* n'est pas requise. Un sénatusconsulte rendu sous Marc-Aurèle a accordé la faculté de recevoir des legs à toutes les corporations non prohibées. Une personne non encore née lors de la mort du testateur peut être gratifiée d'un legs [2]. On n'y regardait pas de près pour le legs d'aliments [3]. Enfin, le militaire pouvait léguer à n'importe qui.

§ 24 J. *De legatis* : Legari autem illis solis potest, cum quibus testamenti factio est. Cf. Gaius II, 218.

Paul, L. 20 *De rebus dubiis* XXXIV, 5 : Cum senatus temporibus divi Marci permiserit collegiis legare, nulla dubitatio est, quod, si corpori cui licet coire legatum sit, debeatur : cui autem non licet si legetur, non valebit, nisi singulis legetur : hi enim non quasi collegium, sed quasi certi homines admittentur ad legatum.

Gaius II, 110 : Præterea permissum est iis (sc. militibus) et peregrinos et latinos instituere heredes vel iis legare.

2. De tout temps l'on a pu substituer dans le legs comme dans l'institution ; léguer une même chose à A d'abord, puis à B, si A ne l'acquiert pas.

On peut aussi, en droit nouveau, ordonner que la chose soit plus tard, à un moment déterminé, par exemple à la mort de l'honoré, transmise à un autre,

---

[1] *Supra*, § 17.
[2] *Supra*, § 3.
[3] *Infra*, § 67.

qui est ainsi second légataire de cette chose; rien n'empêche d'aller plus loin, et de faire passer la chose à un troisième, à un quatrième et ainsi de suite. Ce *legs successif* est souvent appelé par les modernes *substitution fidéicommissaire*. Des espèces particulières sont comprises sous le nom de *legatum* ou *fideicommissum familiæ relictum*. Pareilles dispositions n'étaient possibles, encore à l'époque classique, qu'au moyen de fidéicommis[4].

Marcellus, L. 50 pr. *De legatis* 2 : Ut heredibus substitui potest, ita etiam legatariis.

Caracalla, L. 6 C. *De legatis* VI, 37 (215) : Si legata relicta primus legatarius agnovit, substitutio eorum in persona Pontianæ facta evanuit.

Papinien, L. 77 § 13 *De legatis* 2 : « *Volo prædia dari libertis meis : quod si quis eorum sine liberis vita decesserit, partes eorum ad reliquos pertinere volo.* » Collibertum patris eundemque filium ex voluntate substitutionem excludere placuit.

Le même, L. 67 pr., même titre : Unum ex familia propter fideicommissum a se cum moreretur relictum heres eligere debet... — Le même, L. 69 § 3, même titre.

Justinien, Novelle CLIX, ch. 2 (545).

Modestin, L. 32 § 6, même titre. *Supra*, § 3.

3. Le légataire peut être l'un des héritiers. On dit alors qu'il est *prélégataire;* son legs est un *prélegs, prælegatum*.

Le prélegs est indépendant de l'hérédité; l'appelé

---

[4] On sait le développement considérable qu'ont pris les fidéicommis de famille au moyen âge et surtout dans les temps modernes, sous l'influence du droit germanique. Comparez *supra*, § 20, note, et *infra*, § 83.

peut refuser l'hérédité et accepter le prélegs, ou vice versa, sauf volonté contraire du testateur; un prélegs fait à plusieurs cohéritiers se répartit entre eux par parts viriles et non héréditaires.

L'héritier prélégataire peut poursuivre son prélegs par l'action *familiæ erciscundæ*.

Le prélegs peut être imposé expressément à l'un des cohéritiers ou aux uns, en faveur d'un autre; il ne présente alors aucune particularité.

Il peut aussi être fait sans désignation de grevé, et c'est là le prélegs *sensu stricto* ou legs *per præceptionem*. D'après la règle posée au précédent paragraphe, le prélégataire doit être grevé au prorata de sa part; comme il ne peut se devoir à lui-même, la part afférente du prélegs est nulle : *a semet ipso inutiliter legatur;* s'il a des colégataires, cette part leur revient[5].

S'il refuse la succession, le legs lui est dû en entier.

Ulpien, L. 17 § 2 *De legatis* 1 : Si uni ex heredibus fuerit legatum, hoc deberi ei officio judicis familiæ erciscundæ, manifestum est : sed et si abstinuerit se hereditate, consequi eum hoc legatum posse constat.

Julien, L. 18, même titre : Et quidem totum legatum petere potest, quamvis a semet ipso inutiliter ei legatum fuisset.

Gaius, L. 67 § 1, même titre : Si ex pluribus heredibus, ex disparibus partibus institutis, duobus eadem res legata sit, heredes non pro hereditaria portione, sed pro virili id legatum habere debent.

---

[5] Les applications et les conséquences de ces principes offrent un grand intérêt, mais sortent du cadre imposé à un précis élémentaire.

Le même, L. 104 § 3, même titre : Si Attio ita legatum fuerit : « *Quisquis mihi heres erit, damnas esto heredi Attio decem dare,* » deducta sua parte Attius decem petet.

Ulpien, L. 34 § 11, même titre : Si duobus sit legata, quorum alter heres institutus sit, a semet ipso ei legatum inutiliter videtur, ideoque quod ei a se legatum est, ad collegatarium pertinebit. § 12. Inde dicitur, si duo sint heredes, unus ex uncia, alter ex undecim unciis et iis fundus legatus sit, unciarum heredem undecim partes in fundo habiturum, coheredem unciam.

Le même, L. 1 § 6 *Quod legatorum* XLIII, 3 : Qui vero ex causa præceptionis, utique tenetur hoc interdicto, sed pro ea scilicet parte, quam jure legati habet, non etiam pro ea, quam quasi heres habet.

Gordien, L. 12 C. *De legatis* (240) : ... Filiæ mater prædium ita legavit : « *præcipito sumito extra partem hereditatis.* » Quum hereditati matris filia renuntiasset, nihilominus eam recte legatum vindicare visum est. (*Responsum* de Papinien.)

§ 59. — *Forme du legs. Les formes et espèces anciennes et le droit nouveau.*

MAYNZ, § 496-499. DANZ, § 168. KELLER, § 554. SCHIRMER, § 8. PUCHTA, *Institutionen*, § 321-323. VERING, p. 692-698.

1. Anciennement, pour être valable, le legs devait être fait en termes impératifs et en latin.

Il fallait, en outre, que le legs suivît l'institution.

On renonça, sous l'empire, à ces exigences comme à beaucoup d'autres, grâce en particulier au sénatusconsulte Néronien [1]. Justinien a déclaré l'ordre des dispositions indifférent.

---

[1] *Introduction historique*, § 127.

Ulpien XXIV, 1 : Legatum est quod legis modo, id est imperative testamento relinquitur. Nam ea quæ precativo modo relinquuntur, fideicommissa vocantur.

Paul III, 6 § 2 : Ante heredis institutionem legari non potest : inter medias heredum institutiones, sive alter sive uterque adeat, potest, et interdum dimidium, interdum totum debetur : dimidium, si per vindicationem legatum sit; totum, si per damnationem.

Gaius II, 229. — Ulpien XXIV, 15. — § 34 J. *De legatis*. *Supra*, § 16.

2. On distinguait, dans l'ancien droit, selon la teneur de la disposition, quatre formes et espèces différentes de legs, produisant des effets différents.

Si le testateur avait dit : « *Je donne et lègue à Titius telle chose,* » TITIO DO LEGO, ou encore : « *Que Titius ait pour lui telle chose,* » le légataire devenait de plein droit propriétaire de la chose léguée et pouvait, par conséquent, la revendiquer, aussitôt l'hérédité acquise. De là le nom de *Legatum per vindicationem* donné à ce legs, appelé aussi *Do lego legatum*.

Si le testateur avait dit : « *Que mon héritier soit condamné* (DAMNAS ESTO) *à donner à Titius telle chose,* » ou encore : « *Que mon héritier donne à Titius,* » le légataire obtenait par là le droit d'exiger, dans l'ancien droit par *manus injectio* et plus tard par une *condictio certi,* que le grevé le rende propriétaire de la chose léguée. Ce legs est appelé *Legatum per damnationem* ou *Damnas esto legatum* [2].

---

[2] L'emploi de la *manus injectio* est indiqué par les mots *Damnas esto*.

Le testateur pouvait encore formuler le legs ainsi : « *Que mon héritier souffre que Titius prenne telle chose.* » Cette formule, comme la précédente, conférait au légataire un droit personnel contre le grevé; la *condictio* est *incerti ;* le grevé est obligé non *ad dandum* mais *ad patiendum* (*sinendum*); telle est du moins l'opinion qui l'a emporté, car il y a eu dissentiment sur ce point. C'est là le legs *sinendi modo,* variété du legs *per damnationem.*

Une quatrième espèce est une variété du legs *per vindicationem.* C'est le legs *per præceptionem,* destiné dans le principe à un héritier auquel le testateur veut léguer une chose en dehors de sa part héréditaire [3]. Il y avait désaccord touchant cette espèce de legs. Les Sabiniens tenaient strictement au caractère du prélegs, déclaraient le legs *per præceptionem* nul s'il était fait à un non-héritier, et ne donnaient pas d'autre action pour le réclamer que l'action *familiæ erciscundæ.* Les Proculiens accordaient la revendication et permettaient de léguer sous cette forme à n'importe qui; Hadrien leur a donné raison.

Nul ne devant pouvoir transférer à autrui plus de droit qu'il n'a lui-même, le testateur ne pouvait léguer ni *per vindicationem,* ni *per præceptionem* les choses dont il n'était pas propriétaire, et cela aux deux moments de la confection du testament et de la mort; cependant, si les choses léguées étaient fongibles, on ne considérait que le moment de la mort.

---

[3] *Supra,* § 58.

Cette restriction n'existait pas pour les deux autres espèces. Le grevé d'un legs *per damnationem* devait transférer la propriété au légataire selon les modes légaux ; le grevé d'un legs *sinendi modo* devait ne pas s'opposer à l'appréhension. Rien n'empêchait de léguer de l'une ou de l'autre manière des choses appartenant à l'héritier, voire même à un tiers.

3. Le formalisme de l'ancien droit fut tempéré d'abord par le sénatusconsulte Néronien, déjà mentionné, d'après lequel tout legs qui serait valable s'il était fait *per damnationem*, est valable quelle que soit la formule employée. Ainsi, une chose d'autrui a été léguée *per vindicationem ;* ce legs était nul dans l'ancien droit, mais il aurait été fait valablement *per damnationem :* en vertu du sénatusconsulte Néronien, il est valable.

Les empereurs chrétiens supprimèrent diverses conditions formelles. Constance déclara superflue la *vana observantia verborum*. Justinien a prescrit d'une manière générale que les legs doivent désormais sortir même effet, quelle que soit la forme employée par le testateur.

Dès lors, il n'y a plus, à ce point de vue, qu'une seule et unique espèce de legs, dont les effets dépendent du droit que le testateur avait sur la chose, de sa volonté et des circonstances.

Gaius II, 192 (cf. § 2 J. *De legatis* II, 20) : Legatorum itaque genera sunt quattuor : aut enim per vindicationem legamus aut per damnationem aut sinendi modo aut per præceptionem.

193. Per vindicationem hoc modo legamus : TITIO verbi gratia HOMINEM STICHUM DO LEGO ; sed (*et*) si alteru-

trum verbum positum sit, veluti DO aut LEGO, æque per vindicationem legatum est; item, ut magis visum est, si ita legatum fuerit : SUMITO, vel ita : SIBI HABETO, *vel* ita : CAPITO, æque per vindicationem legatum est. 194. Ideo autem per vindicationem legatum appellatur, quia post aditam hereditatem statim ex jure Quiritium res legatarii fit; et si eam rem legatarius vel ab herede vel ab alio quocumque qui eam possidet, petat, vindicare debet, id est intendere, suam rem ex jure Quiritium esse. 195. In eo solo dissentiunt prudentes, quod Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri præceptores quod ita legatum sit statim post aditam hereditatem putant fieri legatarii, etiamsi ignoret, sibi legatum esse (dimissum), sed posteaquam scierit et repulerit legatum, proinde esse atque si legatum non esset; Nerva vero et Proculus ceterique illius scholæ auctores non aliter putant rem legatarii fieri, quam si voluerit eam ad se pertinere : sed hodie ex divi Pii Antonini constitutione hoc magis jure uti videmur, quod Proculo placuit; nam cum legatus fuisset Latinus per vindicationem coloniæ, « *Deliberent,* » inquid, « *decuriones, an ad se velint pertinere, proinde ac si uni legatus esset.* » 196. Eæ autem solæ res per vindicationem legantur recte, quæ ex jure Quiritium ipsius testatoris sunt; sed eas quidem res, quæ pondere numero mensura constant, placuit sufficere, si mortis tempore sint ex jure Quiritium testatoris, veluti vinum oleum frumentum pecuniam numeratam; ceteras res vero placuit utroque tempore testatoris ex jure Quiritium esse debere, id est et quo faceret testamentum et quo moreretur; alioquin inutile est legatum. 197. Sed sane hoc ita est jure civili : postea vero auctore Nerone Cæsare senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut si eam rem quisque legaverit quæ ejus numquam fuerit, proinde utile sit legatum, atque si optimo jure relictum esset : optimum autem jus est per damnationem legati; quo genere etiam aliena res legari potest, sicut inferius apparebit. 198. Sed si quis rem suam legaverit, deinde post testamentum factum eam alienaverit, plerique putant, non

solum jure civili inutile esse legatum, sed nec ex senatusconsulto confirmari. Quod ideo dictum est, quia et si per damnationem aliquis rem suam legaverit eamque postea alienaverit, plerique putant, licet ipso jure debeatur legatum, tamen legatarium petentem per exceptionem doli mali repelli, quasi contra voluntatem defuncti petat.

201. Per damnationem hoc modo legamus : HERES MEUS STICHUM SERVUM MEUM DARE DAMNAS ESTO : sed et si DATO scriptum fuerit, per damnationem legatum est. 202. Eoque genere legati etiam aliena res legari potest, ita ut heres redimere (*rem*) et præstare aut æstimationem ejus dare debeat. 203. Ea quoque res quæ in rerum natura non est, si modo futura est, per damnationem legari potest, velut fructus, qui in illo fundo nati erunt, aut quod ex illa ancilla natum erit. 204. Quod autem ita legatum est, post aditam hereditatem, etiam si jure legatum est, non, ut per vindicationem legatum, continuo legatario adquiritur, sed nihilominus heredis est; et ideo legatarius in personam agere debet, id est intendere heredem sibi dare oportere, et tum heres, si res mancipii sit, mancipio dare aut in jure cedere possessionemque tradere debet; si nec mancipii sit, sufficit si tradiderit : nam si mancipii rem tantum tradiderit nec mancipaverit, usucapione pleno jure fit legatarii: completur autem usucapio, sicut alio quoque loco diximus, mobilium quidem rerum anno, earum vero quæ solo tenentur, biennio.

209. Sinendi modo ita legamus : HERES MEUS DAMNAS ESTO SINERE, LUCIUM TITIUM HOMINEM STICHUM SUMERE SIBIQUE HABERE. 210. Quod genus legati plus quidem habet (*quam*) per vindicationem legatum, minus autem quam per damnationem ; nam eo modo non solum suam rem testator utiliter legare potest, sed etiam heredis sui, cum alioquin per vindicationem nisi suam rem legare non potest, per damnationem autem cujuslibet extranei rem legare potest. 211. Sed si quidem mortis testatoris tempore res vel ipsius testatoris sit vel heredis, plane utile legatum est, etiamsi testamenti faciundi tempore neutrius fuerit. 212. Quodsi

post mortem testatoris ea res heredis esse cœperit, quæritur an utile sit legatum : et plerique putant, inutile esse : quid ergo est? Licet aliquis eam rem legaverit, quæ neque ejus umquam fuerit neque postea heredis ejus umquam esse cœperit, ex senatusconsulto Neroniano proinde videtur, ac si per damnationem relicta esset. 213. Sicut autem per damnationem legata res non statim post aditam hereditatem legatarii efficitur, sed manet heredis eo usque, donec is (heres) tradendo vel mancipando vel in jure cedendo legatarii eam fecerit, ita et in sinendi modo legato juris est; et ideo hujus quoque legati nomine in personam actio est QUIDQUID HEREDEM TESTAMENTO DARE FACERE OPORTET. 214. Sunt tamen qui putant ex hoc legato non videri obligatum heredem, ut mancipet aut in jure cedat aut tradat, sed sufficere, ut legatarium rem sumere patiatur; quia nihil ultra ei testator imperavit, quam ut sinat, id est patiatur, legatarium rem si habere.

216. Per præceptionem hoc modo legamus : LUCIUS TITIUS HOMINEM STICHUM PRÆCIPITO. 217. Sed nostri quidem præceptores nulli alii eo modo legari posse putant, nisi ei qui aliqua ex parte heres scriptus esset : præcipere enim esse præcipuum sumere; quod tantum in ejus persona procedit, qui aliqua ex parte heres institutus est, quod is extra portionem hereditatis præcipuum legatum habiturus sit. 218. Ideoque si extraneo legatum fuerit, inutile est legatum, adeo ut Sabinus existimaverit ne quidem ex (*senatus*)-consulto Neroniano posse convalescere; nam eo, inquit, senatusconsulto ea tantum confirmantur, quæ verborum vitio jure civili non valent, non quæ propter ipsam personam legatarii non deberentur. Sed Juliano et Sexto placuit etiam hoc casu ex senatusconsulto confirmari legatum; nam ex verbis etiam hoc casu accidere, ut jure civili inutile sit legatum, inde manifestum esse, quod eidem aliis verbis recte legatur, veluti per vindicationem, per damnationem, sinendi modo; tunc autem vitio personæ legatum non valere, cum ei legatum sit, cui nullo modo legari possit, velut peregrino, cum quo testamenti factio non sit; quo

plane casu senatusconsulto locus non est. 219. Item nostri præceptores quod ita legatum est nulla (*alia*) ratione putant posse consequi eum cui ita fuerit legatum, quam judicio familiæ erciscundæ, quod inter heredes de hereditate erciscunda, id est dividunda, accipi solet : officio enim judicis id contineri, ut ei quod per præceptionem legatum est, adjudicetur. 220. Unde intellegimus, nihil aliud secundum nostrorum præceptorum opinionem per præceptionem legari posse, nisi quod testatoris sit : nulla enim alia res quam hereditaria deducitur in hoc judicium : itaque si non suam rem eo modo testator legaverit, jure quidem civili inutile erit legatum; sed ex senatusconsulto confirmabitur. Aliquo tamen casu etiam alienam rem (*per*) præceptionem legari posse fatentur : veluti si quis eam rem legaverit quam creditori fiduciæ causa mancipio dederit; nam officio judicis coheredes cogi posse existimant soluta pecunia luere eam rem, ut possit præcipere *is*, cui ita legatum sit. 221. Sed diversæ scholæ auctores putant, etiam extraneo per præceptionem legari posse proinde ac si ita scribatur : TITIUS HOMINEM STICHUM CAPITO, supervacuo adjecta PRÆ syllaba; ideoque per vindicationem eam rem legatam videri : quæ sententia dicitur divi Hadriani constitutione confirmata esse. 222. Secundum hanc igitur opinionem si ea res ex jure Quiritium defuncti fuerit, potest a legatario vindicari, sive is unus ex heredibus sit sive extraneus; quod si in bonis tantum testatoris fuerit, extraneo quidem ex senatusconsulto utile erit legatum, heredi vero familiæ erciscundæ judicis officio præstabitur; quod si nullo jure fuerit testatoris, tam heredi quam extraneo ex senatusconsulto utile erit.

Paul III, 6 § 1 : Per præceptionem uni ex heredibus numi legati, qui domi non erant, officio judicis familiæ erciscundæ a coheredibus præstabuntur. § 7. Per vindicationem legatum etsi nondum constituerit legatarius ad se pertinere, atque ita post apertas tabulas ante aditam hereditatem decesserit, ad heredem suum transmittit.

Constance, L. 21 C. *De legatis* VI, 37 (339) : In legatis vel

fideicommissis necessaria non sit verborum observantia, ita ut nihil prorsus intersit, qui talem voluntatem verborum casus exceperit, aut quis loquendi usus effuderit. Cf. L. 15 C. *De testamentis* VI, 23, et L. ult. C. *Qui admittantur ad B. P.* VI, 9.

Justinien, L. 1 C. *Communia de legatis et fideicommissis* VI, 43 (529) : ... Ut omnibus legatis una sit natura et quibuscumque verbis aliquid derelictum sit, liceat legatariis id persequi, non solum per actiones personales, sed etiam per in rem et per hypothecariam.

§ 2 J. *De legatis* II, 20 : Sed olim quidem erant legatorum genera quattuor..., et certa quædam verba cuique generi legatorum adsignata erant, per quæ singula genera legatorum significabantur. Sed ex constitutionibus divorum Principum solemnitas hujusmodi verborum penitus sublata est. Nostra autem constitutio, quam cum magna fecimus lucubratione, defunctorum voluntates validiores esse cupientes et non verbis, sed voluntatibus eorum faventes, disposuit, ut omnibus legatis una sit natura..., cujus constitutionis perpensum modum ex ipsius tenore perfectissime accipere possibile est.

§ 60. — *Modalités des legs.*

MAYNZ, § 471, 500. ARNDTS, § 548. KELLER, § 571. TEWES, § 37-40. VANGEROW, § 434-438. VERING, p. 710-712. WINDSCHEID, § 635.

1. Le legs peut être fait sous condition suspensive.

Anciennement, si la condition était négative et potestative dans la personne du légataire, le legs était nul ; par exemple, le legs suivant : « *Je lègue telle chose à Titius, s'il ne se marie pas.* » En effet, cette condition ne saurait être accomplie avant la mort de Titius, car c'est à sa mort seulement que l'on sera certain qu'il ne se mariera pas. Donc, il n'y aura pas

ouverture du droit au legs, le legs ne pouvant s'ouvrir qu'en faveur d'un vivant. Cependant, l'un des Mucius Scévola [1] fit prévaloir l'opinion favorable, d'après laquelle le légataire peut exiger le legs en fournissant garantie, par fidéjusseur ou gage, de le restituer en cas de défaillance de la condition ; cette garantie a reçu le nom de *Caution Mucienne*. Ceci a été étendu à l'institution [2].

Dans le legs, la condition impossible physiquement ou juridiquement est nulle et non avenue ; il en est de même de la condition turpe, dans la mesure indiquée à propos des institutions [3].

Titres indiqués et textes transcrits au § 18.

Pomponius, L. 1 pr. *De C. et D.* XXXV, 1 : Legatis, quæ relinquuntur, (*aut dies certus*) aut dies incertus aut condicio adscribitur.

Ulpien, L. 7 pr. *De C. et D.* : Mucianæ cautionis utilitas consistit in condicionibus, quæ in non faciendo sunt conceptæ, ut puta : *Si in Capitolium non ascenderit, si Stichum non manumiserit*, et in similibus : et ita Aristoni et Neratio et Juliano visum est : quæ sententia et constitutione divi Pii comprobata est. Nec solum in legatis placuit, verum in hereditatibus quoque idem remedium admissum est.

Papinien, L. 79 § 2, même titre : Qui post Mucianam cautionem interpositam legatum accepit, si contra cautionem aliquid fecerit, stipulatione commissa etiam fructus

---

[1] *Introduction historique au droit romain*, § 56.

[2] *Supra*, § 18, chiffre 3.

[3] La plupart des règles du § 18 concernant les institutions conditionnelles sont applicables aux legs.

heredi restituet; hoc enim legatarius et in exordio cavere cogitur.

Gaius, L. 18, même titre : Is, cui sub condicione non faciendi aliquid relictum est, ei scilicet cavere debet Muciana cautione, ad quem jure civili deficiente condicione hoc legatum eave hereditas pertinere potest.

Ulpien, L. 4 § 1 *De condicionibus institutionum* XXVIII, 7 : Idem Julianus scribit, eum, qui ita heres institutus est : *Si servum hereditarium non alienaverit*, caventem coheredi implere condicionem; ceterum si solus heres scriptus sit, sub impossibili condicione scriptum videri, quæ sententia vera est [4].

Le terme initial a toujours été admis; il ne retarde point l'existence du legs ou du droit au legs, mais seulement l'exigibilité.

Le terme incertain est condition.

L'ancien droit ne permettait pas de léguer *post mortem heredis*, ni *post mortem legatarii*, ni même *pridie quam heres vel legatarius morietur*. Justinien, ayant abrogé la règle ancienne : *obligationem ab herede incipere non posse*, a déclaré valables les dispositions ci-dessus.

Le legs captatoire est nul comme l'institution captatoire.

Paul, L. 21 pr. *Quando dies legatorum* XXXVI, 2 : Si dies adposita legato non est, præsens debetur aut confestim ad eum pertinet cui datum est : adjecta quamvis longa sit, si certa est, veluti *Kalendis Januariis centesimis*, dies quidem legati statim cedit, sed ante diem peti non potest :

---

[4] VERING, *Comm. ad L.* 4 § 1 *De Conditionibus institutionum*. Heidelberg, 1856.

at si incerta, quasi : *cum pubes erit, cum in familiam nupserit, cum magistratum inierit*, cum aliquid demum, quod scribenti comprehendere sit commodum, fecerit : nisi tempus condicione obtigit, neque res pertinere neque dies legati cedere potest.

Ulpien, L. 4, même titre : Si, *cum heres morietur*, legetur, condicionale legatum est : denique vivo herede defunctus legatarius ad heredem non transfert. Si vero, *cum ipse legatarius morietur* legetur ei, certum est legatum ad heredem transmitti. Cf. Paul, L. 12 § 1 *De legatis* 2.

L. 79 pr. *De C. et D.* : « *Heres meus, cum morietur Titius, centum ei dato.* » Purum legatum est, quia non condicione, sed mora suspenditur : non potest enim condicio non existere.

Justinien, L. 30 C. *De fideicommissis* VI, 42. (529).

Gaius, L. 64 *De legatis* 1 : Captatoriæ scripturæ simili modo neque in institutionibus neque in legatis valent.

2. Primitivement et encore à l'époque des classiques, la propriété étant tenue pour strictement irrévocable, le legs ne pouvait avoir lieu ni avec condition résolutoire, ni avec terme final. Le légataire devenu propriétaire de la chose ou titulaire du droit légué, le restait ; la condition et le terme étaient réputés non écrits.

Cette impossibilité n'existe plus en droit justinianéen. La règle : *proprietas in tempus transferri nequit*, a été remplacée par le principe opposé : *proprietas ad tempus certum vel incertum transferri potest*[5].

Déjà sous l'ancien régime, d'ailleurs, on donnait à l'héritier une exception de dol contre le légataire qui

---

[5] Comparez *Fragments du Vatican*, § 283, et L. 2 C. *De donationibus quæ sub modo*, VIII, 55.

réclamait la chose après l'échéance du terme final ou l'accomplissement de la condition résolutoire.

Pomponius, L. 55 *De legatis* 1 : Nemo potest in testamento suo cavere, ne leges in suo testamento locum habeant, quia nec tempore aut loco aut condicione finiri obligatio heredis legatorum nomine potest.

Paul, L. 44 § 1 *De O. et A.* XLIV, 7 : ... Placet autem ad tempus obligationem constitui non posse non magis quam legatum : nam quod alicui deberi cœpit, certis modis desinit deberi. Plane post tempus stipulator vel pacti conventi vel doli mali exceptione summoveri poterit... Cf. Julien, L. 56 § 4 *De V. O.* XLV, 1. — § 3 J. *De V. O.* III, 15.

Justinien, L. 26 C. *De legatis* VI, 37 (532) : Illud, quod de legatis vel fideicommissis temporalibus, ut pote irritis, a legum conditoribus definitum est, emendare prospeximus, sancientes, et talem legatorum vel fideicommissorum speciem valere et firmitatem habere. Quum enim jam constitutum est, fieri posse temporales donationes et contractus, consequens est, etiam legata vel fideicommissa, quæ ad tempus relicta sunt, ad eandem similitudinem confirmari; post completum videlicet tempus ad heredem iisdem legatis vel fideicommissis remeantibus, necessitatem habente legatario vel fideicommissario cautionem in personam heredis exponere, ut post transactum tempus res non culpa ejus deterior facta restituatur.

3. Le testateur peut imposer au légataire un mode, pourvu que la charge n'excède pas la valeur du legs[6]. L'héritier grevé a, en général, le droit d'en exiger l'accomplissement; il pourra retenir le legs, jusqu'à ce

---

[6] *Supra*, § 57. *Infra*, § 63.

que le légataire ait fourni caution; il pourra même redemander le legs en cas de non-accomplissement, selon la volonté du testateur[7].

Tit. C. *De his quæ sub modo legata vel fideicommissa relinquuntur* VI, 45.

Papinien, L. 71 pr. *De C. et D.* : Titio centum, *ita ut fundum emat*, legata sunt : non esse cogendum Titium cavere, Sextus Cæcilius existimat, quoniam ad ipsum dumtaxat emolumentum legati rediret. Sed si filio fratri alumno minus industrio prospectum esse voluit, interesse heredis credendum est, atque ideo cautionem interponendam, ut et fundus comparetur ac postea non alienaretur.

Valens, L. 19 *De legatis* 3 : Si tibi legatum est vel fideicommissum relictum, uti quid facias, etiam si non interest heredis, id fieri, negandam tibi actionem, si non caveas heredi, futurum quod defunctus voluit, Nerva et Atilicinus recte putaverunt.

Julien, L. 92 § 1 *De legatis* 1 : Si Titio pecunia legata fuerit, et ejus fidei commissum, ut alienum servum manumitteret, nec dominus eum vendere velit, nihilominus legatum capiet, quia per eum non stat, quominus fideicommissum præstet : nam et si mortuus fuisset servus, a legato non summoveretur.

Le même, L. 17 § 1 *De manumissis testamento* XL, 4 : Hac scriptura testamenti : « *Pamphilus liber esto, ita ut filiis meis rationes reddat*, » an sub condicione libertas data videtur, quæsitum est. Respondi, pure quidem datam libertatem et illam adjectionem : *ita ut rationes reddat*, condicionem libertati non injicere; tamen, quia manifesta voluntas testantis exprimeretur, cogendum eum ad rationes reddendas.

Caracalla, L. 1 C. *De his quæ sub modo* (211) : In legatis

---

[7] Les règles énoncées à propos des institutions *sub modo* sont, en général, applicables au legs *sub modo*. *Supra*, § 18, chiffre 5.

quidem et fideicommissis etiam modus pro condicione observatur. Sed si per te non stat, quominus voluntati testatoris pareas, sed per eum cui nubere jussa es, quominus id quod tibi relictum est retineas, non oberit.

Gordien, L. 2 C., même titre (240) : Ex his verbis : « *Titio decem millia, vel insulam relinque, ita ut quinque millia ex his vel eandem insulam Mœvio restituat,* » licet antea neque legati, neque fideicommissi nascebatur actio, tamen in libertate a divo Severo hoc admissum est. Sed et in pecuniariis causis voluntatis tuendæ gratia non immerito recipiendum est, ut etiam ex hujusmodi verbis, sive ad condicionem, sive ad modum respiciant, sive ad dandum vel faciendum aliquid, fideicommissi actio omnifariam nascatur, videlicet in condicionibus post exitum earum...

4. Ce qui a été dit touchant l'institution à laquelle est ajoutée l'indication d'un motif, s'applique également au legs. *Falsa causa non nocet.*

De même encore, *falsa demonstratio non nocet.* Si donc la personne du légataire, ou la chose léguée, est désignée inexactement, sans qu'il y ait lieu, d'ailleurs, de se méprendre sur l'intention du testateur, le legs n'en est pas moins valable[8].

Tit. C. *De falsa causa adjecta legato vel fideicommisso* VI, 44.

§ 30 J. *De legatis* : Huic proxima est illa juris regula, falsa demonstratione legatum non peremi, veluti si quis ita legaverit : « *Stichum servum meum vernam do lego* » : licet enim non verna, sed emptus sit, de servo tamen constat, utile est legatum. Et convenientur si ita demonstraverit : « *Stichum servum, quem a Seio emi* », sitque ab alio emptus,

---

[8] *Supra,* § 16, chiffre 3.

utile est legatum, si de servo constat. § 31. Longe magis legato falsa causa non nocet, veluti quum quis ita dixerit : « *Titio, quia me absente negotia mea curavit, Stichum do lego,* » vel ita : « *Titio, quia patrocinio ejus capitali crimine liberatus sum, Stichum do lego ;* » licet enim neque testatoris negotia unquam gessit Titius, neque patrocinio ejus liberatus est, legatum tamen valet. Sed si conditionaliter enunciata fuerit causa, aliud juris est, veluti hoc modo : « *Titio, si negotia mea curavit, fundum do lego.* »

Florentin, L. 34 pr. *De C. et D. Supra*, page 95.

Papinien, L. 72 § 6, même titre : Falsam causam legato non obesse, verius est, quia ratio legandi legato non cohæret : sed plerumque doli exceptio locum habebit si probetur alias legaturus non fuisse.

§ 61. — *Restrictions législatives des legs.*

GŒPPERT, *De lege Furia*. Breslau, 1858. J. VOORDA, *Comm. ad legem Falcidiam*. Utrecht, 1730. MAYNZ, § 507. ARNDTS, § 561-567. BRINZ, § 216-222. KELLER, § 576-580. PUCHTA, § 544-549. TEWES, § 101-105. VANGEROW, § 533-534. VERING, p. 744-760. WINDSCHEID, § 650-653.

1. Dès le commencement du IIe siècle avant notre ère, les comices ont sanctionné des mesures restrictives, fixant aux legs des *maxima* relatifs ou absolus.

La loi *Furia*, de l'an 183[1], interdit à tout légataire, à l'exception des parents du testateur jusqu'au sixième degré inclusivement et du *sobrino natus natave*, du septième degré, d'accepter un legs de plus de mille as. Le contrevenant était contraint par *manus injectio pura* de restituer le quadruple de l'excédant.

---

[1] *Introduction historique au droit romain*, § 49.

La loi *Voconia*, déjà mentionnée[2], interdit d'accepter en legs une somme supérieure à ce que recueillaient les héritiers : *ne cui plus legatorum nomine mortisve causa capere liceret, quam heredes caperent.*

2. La loi *Falcidia*, de l'an 40[3], assura à l'héritier le quart de la part pour laquelle il était institué, déduction faite des dettes et legs. Le but du législateur était non-seulement d'apporter une entrave à la liberté du testateur, mais encore d'assurer l'exécution de ses dernières volontés. En effet, il arrivait fréquemment que les héritiers refusaient la succession testamentaire qui ne leur rapportait aucun profit ; il fallait parer à ce danger dans l'intérêt du testateur lui-même et aussi dans l'intérêt du fisc.

L'héritier ou, s'il y en a plusieurs, chaque héritier, a droit au quart franc de l'hérédité ou de la portion héréditaire. Ce quart a reçu le nom de *quarte falcidie*. Si la quarte falcidie n'est pas sauve, il y a réduction proportionnelle des legs.

Les cohéritiers sont indépendants les uns des autres ; il peut y avoir réduction des legs dont est grevé l'un d'eux, tandis que les legs imposés à l'autre restent intacts.

La quarte est calculée sur l'actif de la succession au moment de la mort du *De Cujus*, déduction faite des dettes. Le total des legs est également calculé au

---

[2] Même ouvrage, même paragraphe.
[3] Même ouvrage, § 122.

moment de la mort. La réduction a lieu de plein droit.

Il y a dispense de quarte et de réduction en faveur du testament militaire ; en vertu de disposition expresse du testateur (dans le droit nouveau) ; en punition de l'héritier dans certains cas, notamment dans le cas d'omission d'inventaire ; lorsque l'héritier a renoncé, après la délation, à son droit à la quarte, soit expressément, soit tacitement par actes concluants. Quelques legs sont libres de réduction ; ainsi le legs d'aliments et les legs pies.

La loi *Falcidia* n'avait en vue que l'héritier testamentaire ; elle a été étendue à l'héritier ab intestat. Le légataire grevé n'a pas comme tel droit à la quarte ; seulement, si son legs est réduit, il peut faire supporter une part proportionnelle dans la réduction par celui ou ceux vis-à-vis desquels il est grevé.

La loi s'appliquait uniquement aux legs ; elle a été étendue aux fidéicommis, aux donations à cause de mort et à d'autres *mortis causa capiones*[4].

Gaius II, 224-228. Ulpien XXIV, 32 *Ad legem Falcidiam*. Paul III, 8.

Tit. J. *De lege Falcidia* II, 22.

Tit. D. *Ad legem Falcidiam* XXXV, 2. *Si cui plus, quam per legem Falcidiam licuerit, legatum esse dicetur*

---

[4] *Infra*, § 76-83. La *quarte falcidie* est encore de droit commun ; mais elle est incompatible avec le système du droit français, où l'héritier testamentaire est théoriquement un légataire, et les Codes prussien, autrichien, saxon l'ont rejetée. Il est permis de dire qu'elle tend à disparaître. On la retrouve encore dans certains cantons suisses. UNGER, § 66. — *Revue de droit international et de législation comparée*, IX, p. 341.

XXXV, 3. Tit. C. *Ad legem Falcidiam* VI, 50. Novelle I *De heredibus et falcidia* (535).

Gaius II, 224 : Sed olim quidem licebat totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare, nec quicquam heredi relinquere præterquam inane nomen heredis; idque lex duodecim tabularum permittere videbatur, qua cavetur, ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur... Qua re qui scripti heredes erant, ab hereditate se abstinebant, et idcirco plerique intestati moriebantur. 225. Itaque lata est lex Furia, qua, exceptis personis quibusdam, ceteris plus mille assibus legatorum nomine mortisve causa capere permissum non est. Sed et hæc lex non perfecit, quod voluit : qui enim verbi gratia quinque millium æris patrimonium habebat, poterat quinque hominibus singulis milenos asses legando totum patrimonium erogare. 226. Ideo postea lata est lex Voconia, qua cautum est, ne cui plus legatorum nomine mortisve causa capere liceret, quam heredes caperent : ex qua lege plane quidem aliquid utique heredes habere videbantur ; sed tamen vitium simile nascebatur : nam in multas legatariorum personas distributo patrimonio poterat (*testator*) adeo heredi minimum relinquere, ut non expediret heredi, hujus lucri gratia totius hereditatis onera sustinere. 227. Lata est itaque lex Falcidia, qua cautum est, ne plus ei legare liceat quam dodrantem : itaque necesse est, ut heres quartam partem hereditatis habeat : et hoc nunc jure utimur.

Ulpien XXVIII, 7 : ... Cognatis manumissoris, quibus per legem Furiam plus mille asses capere licet. XXIV, 32 : Lex Falcidia jubet, non plus quam dodrantem totius patrimonii legari, ut omnimodo quadrans integer apud heredem remaneat.

Paul III, 8, 1 : Exhausta legatis aut fideicommissis vel mortis causa donationibus hereditate auxilio Falcidiæ institutus heres quadrantem retinere potest. 2. Quoties de modo partis retinendæ quæritur propter periculum plus petendi, officio judicis omnibus æstimatis, quarta facienda est, quæ apud heredem remaneat, aut certe exigenda cautio a legatario, ut quod plus dodrante perceperit, restituat.

§ 1 J. *De lege Falcidia* (II, 22) : Et cum quæsitum esset, duobus heredibus institutis, veluti Titio et Seio, si Titii pars aut tota exhausta sit legatis, quæ nominatim ab eo data sunt, aut supra modum onerata, a Seio vero aut nulla relicta sint legata, aut quæ partem ejus dumtaxat in partem dimidiam minuunt, an, quia is quartam partem totius hereditatis aut amplius habet, Titio nihil ex legatis, quæ ab eo relicta sunt, retinere liceret : placuit retinere licere, ut quartam partem suæ partis salvam habeat : etenim in singulis heredibus ratio legis Falcidiæ ponenda est. § 2. Quantitas autem patrimonii, ad quam ratio legis Falcidiæ redigitur, mortis tempore spectatur. Itaque si verbi gratia is, qui centum aureorum patrimonium habebat, centum aureos legaverit, nihil legatariis prodesse, si ante aditam hereditatem per servos hereditarios aut ex partu ancillarum hereditariarum aut ex fetu pecorum tantum accesserit hereditati, ut centum aureis legatorum nomine erogatis heres quartam partem hereditatis habiturus sit, sed necesse est, ut nihilo minus quarta pars legatis detrahatur. Ex diverso si septuaginta quinque legaverit et ante aditam hereditatem in tantum decreverint bona incendiis forte aut naufragiis aut morte servorum, ut non amplius quam septuaginta quinque aureorum substantia vel etiam minus relinquatur, solida legata debentur. Nec ea res damnosa est heredi, cui liberum est non adire hereditatem : quæ res efficit, ut necesse sit legatariis, ne destituto testamento nihil consequantur, cum herede in portione pacisci. § 3. Cum autem ratio legis Falcidiæ ponitur, ante deducitur æs alienum, item funeris impensa et pretia servorum manumissorum, tunc deinde in reliquo ita ratio habetur, ut ex eo quarta pars apud heredes remaneat, tres vero partes inter legatarios distribuantur, pro rata scilicet portione ejus, quod cuique eorum legatum fuerit. Itaque si fingamus quadringentos aureos legatos esse et patrimonii quantitatem, ex qua legata erogari oportet, quadringentorum esse, quarta pars singulis legatariis detrahi debet. Quodsi trecentos quinquaginta legatos fingamus, octava debet detrahi. Quodsi quingentos legaverit, initio quinta, deinde quarta

detrahi debet : ante enim detrahendum est, quod extra bonorum quantitatem est, deinde quod ex bonis apud heredem remanere oportet.

Paul, L. 1 pr. *Ad legem Falcidiam* : Lex Falcidia lata est, quæ primo capite liberam legandi facultatem dedit usque ad dodrantem his verbis : *Qui cives Romani sunt, qui eorum post hanc legem rogatam testamentum facere volet, ut eam pecuniam easque res quibusque dare legare volet, jus potestasque esto, ut hac lege sequenti licebit.* Secundo capite modum legatorum constituit his verbis : *Quicumque civis Romanus post hanc legem rogatam testamentum faciet, is quantam cuique civi Romano pecuniam jure publico dare legare volet, jus potestasque esto, dum ita detur legatum* (legetur? Cujas), *ne minus quam partem quartam hereditatis eo testamento heredes capiant,* (itaque? Mommsen) *eis, quibus quid ita datum legatumve erit, eam pecuniam sine fraude sua capere liceto isque heres, qui eam pecuniam dare jussus damnatus erit, eam pecuniam debeto dare, quam* (dare. Mommsen) *damnatus est.*

Gaius, L. 77, même titre : In singulis heredibus rationem legis Falcidiæ componendam esse non dubitatur. Et ideo, si Titio et Seio heredibus institutis semis hereditatis Titii exhaustus est, Seio autem quadrans totorum bonorum relictus sit, competit Titio beneficium legis Falcidiæ. — L. 73 § 5, même titre.

Alexandre, L. 7 C. *Ad legem Falcidiam* (226) : In testamento militis jus legis Falcidiæ cessat.

Paul, L. 1 § 2 *Ad legem Falcidiam* : Ad eos, qui omissa causa testamenti possident hereditatem, non pertinet lex Falcidia : sed per edictum prætoris inducitur potestas legis.

Modestin, L. 59 pr., même titre : Beneficio legis Falcidiæ indignus esse videtur, qui id egerit, ut fideicommissum intercidat.

Papinien, L. 15 § 1, même titre : Frater, cum heredem sororem scriberet, alium ab ea cui donatum volebat stipulari curavit, ne Falcidia uteretur et ut certam pecuniam,

si contra fecisset, præstaret. Privatorum cautione legibus non esse refragandum constituit et ideo sororem jure publico retentionem habituram et actionem ex stipulatu denegandam.

Ulpien, L. 46, même titre : Qui quod per Falcidiam retinere poterat, voluntatem testatoris secutus spopondit se daturum, cogendus est solvere.

Justinien, Novelle I, ch. 2 § 2 : ... Si vero expressim designaverit, non velle, heredem retinere Falcidiam, necessarium est testatoris valere sententiam...

Ulpien, L. 47 § 1 *Ad legem Falcidiam* : Numquam legatarius vel fideicommissarius, licet ex Trebelliano senatusconsulto restituatur ei hereditas, utitur legis Falcidiæ beneficio.

Mécien, L. 32 § 4, même titre : Si Titio viginti legatis portio per legem Falcidiam detracta esset, cum ipse quoque quinque Seio rogatus esset restituere, Vindius noster tantum Seio pro portione ex quinque detrahendum ait, quantum Titio ex viginti detractum esset. Quæ sententia æquitatem et rationem magis habet, quia exemplo heredis legatarius ad fideicommissa præstanda obligabitur : nec quia ex sua persona legatarius inducere legem Falcidiam non possit, idcirco quod passus esset non imputaturum : nisi forte testator ita fidei ejus commisisset, ut totum, quidquid ex testamento cepisset, restitueret.

Paul, L. 18 pr., même titre : ... Dixi, legem Falcidiam inductam esse a Divo Pio etiam in intestatorum successionibus propter fideicommissa.

Septime Sévère et Caracalla, L. 2 C. *Ad legem Falcidiam* (197) : Falcidiæ rationem adversus omnes pro modo legatorum et fideicommissorum locum habere, certi et explorati juris est.

3. Justinien a abrogé une loi *Fufia Caninia* qui limitait le nombre des affranchissements testamentaires [5].

---

[5] *Introduction historique*, § 119 et page 579.

Gaius II, 228 : In libertatibus quoque dandis nimiam licentiam compescuit lex Fufia Caninia, sicut in primo commentario retulimus. 239. I, 42 : Præterea lege Fufia Caninia certus modus constitutus est in servis testamento manumittendis. 43. Nam ei qui plures quam duos neque plures quam decem servos habebit, usque ad partem dimidiam ejus numeri manumittere permittitur ; ei vero, qui plures quam decem neque plures quam triginta servos habebit, usque ad tertiam partem ejus numeri manumittere permittitur. At ei, qui plures quam triginta neque plures quam centum habebit, usque ad partem quartam manumittendi libera facultas datur. Novissime ei, qui plures quam centum habebit nec plures quam quingentos, manumittere permittitur usque ad quintam partem ; neque plures quam quingentos habentis ratio habetur, ut inde pars sumatur, sed præscribit lex, ne cui plus manumittere liceat quam centum. Et contra si quis unum servum omnino aut duos habet dumtaxat, nihil de eo lege cavetur et ideo liberam habet potestatem manumittendi. 44, 45, 46. Nam et si testamento scriptis in orbem servis libertas data sit, quia nullus ordo manumissionis invenitur, nulli liberi erunt ; quia lex Fufia Caninia, quæ in fraudem ejus facta sint, rescindit. Sunt etiam specialia senatusconsulta, quibus rescissa sunt ea, quæ in fraudem ejus legis excogitata sunt. — Ulpien I, 24, 25. Paul IV, 14 *Ad legem Fufiam Caniniam*.

Tit. J. *De lege Fufia Caninia sublata* (I, 7) : Lege Fufia Caninia certus modus constitutus erat in servis testamento manumittendis. Quam quasi libertatibus impedientem et quodam modo invidam tollendam esse censuimus, cum satis fuerat inhumanum vivos quidem licentiam habere totam suam familiam libertate donare, nisi alia causa impediat libertati, morientibus autem hujusmodi licentiam adimere.

Tit. C. *De lege Fufia Caninia tollenda* VII, 3.

§ 62. — *De l'objet du legs.*

BACHOFEN, *Ausgewählte Lehren* VII. MAYNZ, § 508. ARNDTS, § 547. BRINZ, § 208-212. KELLER, § 562, PUCHTA, § 528. TEWES, § 87, 106. VANGEROW, § 525. VERING, p. 688-692. WINDSCHEID, § 634.

Le legs est une donation testamentaire. On peut léguer comme on peut donner : *dando, obligando, liberando.*

Ceci doit être analysé et précisé.

On peut léguer en propriété des choses de toute espèce ; des corps certains et déterminés, des choses désignées par leur genre seulement, des choses fongibles, des quantités ou sommes, des universalités de fait et de droit. On peut léguer des prestations quelconques, des droits réels, des créances, des dettes, la libération de dettes.

Il faut que la chose léguée soit dans le commerce en général et dans celui de l'appelé en particulier ; il n'est point nécessaire qu'elle soit dans le commerce du grevé. Toujours il faut qu'elle soit suffisamment déterminée, qu'il ne dépende pas du libre arbitre du grevé de donner ou non.

Le legs doit procurer au légataire un émolument; sinon, il ne pourrait être exigé, puisqu'il n'y a pas d'action sans intérêt : *legatum utile esse debet.* La prestation comprise dans le legs doit n'être ni illicite ni immorale.

§ 4 J. *De legatis* II, 20 : ... Si talis res sit, cujus non est commercium, nec æstimatio ejus debetur : sicuti si cam-

pum Martium vel basilicas vel templa vel quæ publico usui destinata sunt legaverit : nam nullius momenti legatum est. § 21. Tam autem corporales res quam incorporales legari possunt.

Ulpien, L. 39 § 8 *De legatis* I : Si vero Sallustianos hortos, qui sunt Augusti, vel fundum Albanum, qui principalibus usibus deservit, legaverit quis, furiosi est talia legata testamento adscribere. § 9. Item campum Martium aut forum Romanum vel ædem sacram legari non posse constat. § 10. Sed et ea prædia Cæsaris, quæ in formam patrimonii redacta sub procuratore patrimonii sunt, si legentur, nec æstimatio eorum debet præstari, quoniam commercium eorum nisi jussu principis non sit, cum distrahi non soleant.

Le même, L. 40, même titre : Sed si res aliena, cujus commercium legatarius non habet, ei, cui jus possidendi non est, per fideicommissum relinquatur : puto æstimationem deberi. § 6. Ut quis heredem instituat aliquem, rogari non potest : plane senatus censuit perinde habendum, atque si rogasset hereditatem restitui. § 8. Sed si liberos suos emancipare rogatus fuerit, non cogitur hoc facere : potestas enim patria inæstimabilis est.

Scévola, L. 41 § 8 *De legatis* 3 : Ejus (*Seius?* Hoffmann.) heres vel legatarius rogatus est, ut quendam adoptet, his verbis adjectis : « *si alias fecerit, exheres esto* » vel « *perdat legatum* ». Quæsitum est si non adoptaverit, an ei qui adoptatus non est actio quædam ex fideicommisso competit. Respondit, fideicommissum, quo quis rogatur ut adoptet, ratum non esse. — Cf. Ulpien, L. 92 *De C. et D.* XXXV, 1.

Marcien, L. 114 § 5, même titre : Si quid alicui licite fuerit relictum, vel jus aliud (*aliquod?*) quod ipse quidem propter corporis vitium, vel propter qualitatem relicti, vel aliam quamcumque probabilem causam, habere non potuit, alius tamen hoc habere potuit : quanti solet comparari, tantam æstimationem accipiet.

Le même, L. 112 § 3, même titre : Si quis scripserit tes-

tamento fieri, quod contra jus est vel bonos mores, non valet, veluti si quis scripserit contra legem aliquid vel contra edictum prætoris vel etiam turpe aliquid.

Paul, L. 49 § 2 *De legatis* 2 : Labeo refert, agrum, cujus commercium non habes, legari tibi posse, Trebatium respondisse, quod merito Priscus Fulcinus falsum esse aiebat. § 3. Sed Proculus ait, si quis heredem suum eum fundum, cujus commercium is heres non habeat, dare jusserat ei, qui ejus commercium habeat, putat, heredem obligatum esse, quod verius est, vel in ipsam rem, si hæc in bonis testatoris fuerit, vel si non est, in ejus æstimationem.

§ 63. — *Legs de corps certain et déterminé.* Legatum speciei.

MAYNZ, § 509. ARNDTS, § 569. BRINZ, § 208. KELLER, § 563. PUCHTA, § 528. TEWES, § 107. VANGEROW, § 548. VERING, p. 690-691, 760-762. WINDSCHEID, § 654.

1. Il se peut que le corps certain et déterminé légué, *species, res certa legata* [1], appartienne au testateur; c'est là le cas le plus naturel, que l'on suppose ordinairement; il le fallait dans l'ancien legs *per vindicationem;* il le faut encore en droit nouveau pour que le légataire ait la revendication[2].

---

[1] Un legs d'argent peut être un legs de *species*. Ulpien, L. 34 § 4 *De legatis* 1. Papinien, L. 51, même titre : Sed si certos nummos (veluti quos in arca habet) aut certam lanceem legavit, non numerata pecunia, sed ipsa corpora nummorum vel rei legatæ (*legato?*) continentur neque permutationem recipiunt et exemplo cujuslibet corporis æstimanda sunt.

[2] *Infra*, § 73-74.

La chose peut aussi appartenir au grevé.

Elle peut enfin appartenir à un tiers. Le grevé doit alors la procurer au légataire. Si le propriétaire refuse de s'en dessaisir ou s'il en demande un prix exagéré, le grevé se libère en donnant au légataire l'estimation. Le *legatum rei alienæ* revient donc, en dernière analyse, au legs d'une estimation. — Mais pour que ce legs soit valable, il faut que le testateur ait su qu'il disposait de la chose d'un tiers et qu'il imposait ainsi au grevé une charge plus lourde. Si cette science et cette volonté n'étaient pas établies, la nature du legs, *delibatio hereditatis,* reprendrait le dessus et le legs serait nul. Dans le doute, c'est au légataire à prouver la science du testateur[3].

2. La chose est léguée avec ses accessoires et accessions.

Le grevé n'est, en général, pas responsable des défauts. L'immeuble légué l'est avec ses servitudes passives, à moins qu'il n'ait été légué libre de toutes servitudes, *fundus optimus maximus,* auquel cas le grevé doit l'affranchir.

Si toutefois le grevé a l'usufruit, l'emphytéose ou la superficie de la chose léguée, ou s'il a sur cette chose

---

[3] Le droit canonique a déclaré nul le legs de la chose d'autrui, si le testateur n'a pas légué l'estimation alternativement. Le Code Napoléon déclare également le legs de la chose d'autrui nul, et il y faut comprendre aussi le legs de la chose de l'héritier. Code civil 1021. ARNTZ I, 2083-2085. Le droit prussien et le droit autrichien suivent le droit romain. FŒRSTER, § 252. UNGER, § 67.

un droit de gage ou d'hypothèque, on admet, conformément à la volonté probable du testateur, qu'il ne doit pas faire valoir ce droit contre le légataire, lequel obtient la chose quitte et franche. De même, si le droit appartient à un tiers et que le testateur l'a su : le grevé doit le racheter. Si la chose était hypothéquée ou engagée au légataire lui-même, il en obtient la propriété et rien de plus; le droit d'hypothèque ou de gage est éteint par confusion, mais la créance subsiste, à moins qu'il ne soit évident qu'en léguant la propriété le testateur a voulu payer la dette[4].

3. La chose doit ne pas appartenir déjà à l'appelé; sinon, il y aurait impossibilité de prestation : *quod meum est, meum fieri non potest.*

Il n'en serait point autrement, si la chose, ayant appartenu au légataire lors de la confection du testament, ne lui appartenait plus au moment de l'ouverture du legs. Le principe général : *quod initio vitiosum est, tractu temporis non convalescit*, formulé spécialement pour les legs dans la *règle Catonienne*, s'y oppose absolument, à moins toutefois que le legs soit conditionnel[5]. Dans ce cas, outre la condition expresse du legs, il y en a toujours une de sous-entendue, savoir que la chose ne sera plus au légataire lorsque le legs s'ouvrira.

---

[4] Selon le Code civil, l'héritier n'est point tenu de dégrever. 1020. ARNTZ I, 2092-2094. Il en est de même en droit prussien et en droit autrichien. FŒRSTER, § 252. UNGER, § 67.

[5] *Infra*, § 87.

Il se peut aussi que le legs ne soit un legs de la propre chose qu'en apparence. Tel est le cas, lorsque le légataire est obligé de la donner ou de la rendre en vertu d'une cause antérieure au legs, par exemple, d'une vente, d'une restitution en entier ; tel est encore le cas, lorsque le testateur ou l'héritier a sur la chose un droit réel. L'objet du legs est alors, en réalité, la libération du légataire ou l'affranchissement de la chose[6].

§ 4 J. *De legatis* 2, 20 : Non solum autem testatoris vel heredis res, sed et aliena legari potest : ita ut heres cogatur redimere eam et præstare, vel, si non potest redimere, æstimationem ejus dare... Quod autem diximus alienam rem posse legari, ita intellegendum est, si defunctus sciebat alienam rem esse, non et si ignorabat : forsitan enim, si scisset alienam, non legasset. Et ita divus Pius rescripsit, et verius est ipsum qui agit, id est legatarium, probare oportere scisse alienam rem legare defunctum, non heredem probare oportere ignorasse alienam, quia semper necessitas probandi incumbit illi qui agit. § 5. Sed et si rem obligatam creditori aliquis legaverit, necesse habet heres luere. Et hoc quoque casu idem placet, quod in re aliena, ut ita demum luere necesse habeat heres, si sciebat defunctus rem obligatam esse : et ita divi Severus et Antoninus rescripserunt. Si tamen defunctus voluit legatarium luere et hoc expressit, non debet heres eam luere. § 6. Si res aliena legata fuerit et ejus vivo testatore legatarius dominus factus fuerit, si quidem ex causa emptionis, ex testamento actione pretium consequi potest : si vero ex causa lucrativa, veluti ex donatione vel ex alia simili

---

[6] *Infra*, § 69, 68

causa, agere non potest. Nam traditum est, duas lucrativas causas in eundem hominem et in eandem rem concurrere non posse. Hac ratione si ex duobus testamentis eadem res eidem debeatur, interest, utrum rem an æstimationem ex testamento consecutus est : nam si rem, agere non potest, quia habet eam ex causa lucrativa, si æstimationem, agere potest. § 10. Sed si rem legatarii quis ei legaverit, inutile legatum est, quia quod proprium est ipsius, amplius ejus fieri non potest : et licet alienaverit eam, non debetur nec ipsa, nec æstimatio ejus. § 11. Si quis rem suam quasi alienam legaverit, valet legatum; nam plus valet, quod in veritate est, quam quod in opinione. Sed et si legatarii putavit, valere constat, quia exitum voluntas defuncti potest habere.

Papinien, L. 67 § 8 *De legatis* 2 : Si rem tuam, quam existimabam meam, te herede instituto Titio legem, non est Neratii Prisci sententiæ nec constitutioni locus, qua cavetur non cogendum præstare legatum heredem : nam succursum est heredibus, ne cogerentur redimere, quod testator suum existimans reliquit : sunt enim magis in legandis suis rebus quam in alienis comparandis et onerandis heredibus faciliores voluntates : quod in hac specie non evenit, cum dominium rei sit apud heredem.

Ulpien, L. 71 § 3 *De legatis* 1 : Qui confitetur se quidem debere, justam autem causam affert, cur utique præstare non possit, audiendus est. Ut puta si res aliena legata sit negetque dominum eam vendere vel immensum pretium ejus rei petere adfirmet, aut si servum hereditarium neget se debere præstare, forte patrem suum vel matrem vel fratres naturales : æquissimum est enim, concedi ei ex hac causa, æstimationem officio judicis præstare.

Marcien, L. 21 *De probationibus* XXII, 3 : Verius esse existimo, ipsum qui agit, id est legatarium probare oportere scisse alienam rem vel obligatam legare defunctum, non heredem probare oportere ignorasse alienam, quia semper necessitas probandi incumbit illi qui agit.

Alexandre, L. 10 C. *De legatis* (227) : Quum alienam rem

quis reliquerit, si quidem sciens, tam ex legato quam ex fideicommisso ab eo, qui legatum seu fideicommissum meruit, peti potest. Quod si suam esse putavit, non aliter valet relictum, nisi proximæ personæ vel uxori vel alii tali personæ datum sit, cui legaturus esset, et si scisset rem alienam esse.

Pomponius, L. 24 § 2 *De legatis* 1 : Si quis post testamentum factum fundo Titiano legato partem aliquam adjecerit, quam fundi Titiani destinaret, id quod adjectum est exigi a legatario potest (et similis est causa alluvionis) et maxime si ex alio agro, qui fuit ejus cum testamentum faceret, eam partem adjecit.

Le même, L. 45 § 2, même titre : Si vero certus homo legatus est, talis dari debet qualis est.

Gaius, L. 69 § 3, même titre : Si fundus qui legatus est, servitutem debeat impositam, qualis est, dari debet : quodsi ita legatus sit : *uti optimus maximusque*, liber præstandus est.

Florentin, L. 116 § 4, même titre : Fundus legatus talis dari debet, qualis relictus est. Itaque si ipse fundo heredis servitutem debuit, sive ei fundus heredis : licet confusione dominii servitus extincta sit, pristinum jus restituendum est. Et nisi legatarius imponi servitutem patiatur, petenti ei legatum exceptio doli mali opponetur : si vero fundo legato servitus non restituetur, actio ex testamento superest.

Paul, L. 18 *De servitutibus* VIII, 1 : In omnibus servitutibus, quæ aditione confusæ sunt, responsum est doli exceptionem nocituram legatario, si non patiatur eas iterum imponi.

Marcellus, L. 26 *De legatis* 2 : Is, cujus in servo proprietas erat, fructuario herede instituto, alicui eum servum legavit. Non potest heres doli mali exceptione uti, si legatarius vindicare servum vellet non relicto heredi usufructu.

Papinien, L. 76 § 2, même titre : Dominus herede fructuario scripto fundum sub condicione legavit. Voluntatis

ratio non patitur, ut heres ex causa fructus emolumentum retineat : diversum in ceteris prædiorum servitutibus quas heres habuit, responsum est : quoniam fructus portionis instar optinet.

Paul, L. 85, même titre : Creditorem, cui res pignoris jure obligata a debitore legata esset, non prohiberi pecuniam creditam petere, si voluntas testatoris compensare volentis evidenter non ostenderetur.

Ulpien, L. 57 *De legatis* 1 : Si res obligata per fideicommissum fuerit relicta, si quidem scit eam testator obligatam, ab herede luenda est, nisi si animo alio fuerit : si nesciat, a fideicommissario (nisi si vel hanc vel aliam rem relicturus fuisset, si scisset obligatam), vel (*ubi*. Mommsen) potest aliquid esse superfluum ex soluto ære alieno.

Paul, L. 90 *De C. et D.* XXXV, 1 : Mea res sub condicione legari mihi potest, quia in hujusmodi legatis non testamenti facti tempus, sed condicionis expletæ spectari oportet.

Celse, L. 18 *De legatis* 2 : Heredem meum ita tibi obligare possum, ut, *si quandoque ego moriar, tuus servus Stichus non erit*, dare eam tibi damnas sit.

Ulpien, L. 39 § 2 *De legatis* 1 : Si Titius a me rem emisset, et eandem mihi legasset antequam ei traderem, mox ei tradidero et pretium recepero, videtur quidem is prima facie rem mihi meam legasse et ideo legatum non consistere. Sed ex emto actione liberatus utique per legatum rem vindicare potero, quam tradidi. Sed si nondum erat solutum mihi pretium, ex vendito quidem me acturum, ut pretium exsequar, ex testamento vero, ut rem, quam vendidi et tradidi, recipiam. Idem subjungit, si pretium quidem mihi erat solutum, rem autem nondum tradideram, ex testamento me agentem liberationem consequi.

Julien, L. 82 § 1, même titre : Si ex bonis ejus, qui reipublicæ causa aberat, rem usu acquisierim, et ea antequam evincetur mihi legata sit, deinde postea evincatur, recte ex testamento petam eam mihi dari oportere.

Le même, L. 86 pr., même titre : Si tibi homo quem

pignori dederas legatus ab alio fuerit, actionem ex testamento habebis adversus heredem, ut pignus luatur. § 4. Valet legatum, si superficies legata sit ei cujus in solo fuerit, licet is dominus soli sit. Nam consequetur, ut hac servitute liberetur et superficiem lucrifaciat.

Ulpien, L. 71 § 5, même titre : Si fundus municipum vectigalis ipsis municipibus sit legatus, an legatum consistat petique possit, videamus. Et Julianus libro trigensimo octavo Digestorum scribit, quamvis fundus vegtigalis municipum sit, attamen quia aliquod jus in eo is qui legavit habet, valere legatum. § 6. Sed etsi non municipibus, sed alii fundum vectigalem legaverit, non videri proprietatem rei legatam, sed id jus quod in vectigalibus fundis habemus.

Papinien, L. 66 § 6 *De legatis* 2 : Fundo legato si usus fructus alienus sit, nihil ominus petendus est ab herede, usus fructus enim etsi in jure, non in parte consistit, emolumentum tamen rei continet : enim vero fundo relicto ob reliquas præstationes, quæ legatum sequuntur, agetur, verbi gratia, si fundus pignori datus vel aliena possessio sit. Non idem placuit de ceteris servitutibus. Sin autem res mea legatur mihi, legatum propter istas causas non valebit.

§ 64. — *Legs de genre.* — *Legs d'alternative.*

MAYNZ, § 510. ARNDTS, § 574-575. BRINZ, § 216. KELLER, § 569. TEWES, § 112-113. VERING, p. 763-766. VANGEROW, § 549. WINDSCHEID, § 655, 661.

1. La chose non fongible léguée peut être désignée par son genre seulement : *une maison, un esclave, un cheval, un plat d'argent*. C'est là le *legatum generis*, dans le sens étroit. Dans un sens plus large, on peut dire qu'il y a *legatum generis* toutes les fois que la chose

ou les choses sont déterminées par leur genre ; le legs d'une somme d'argent serait ainsi un *legatum generis*.

Pour que le *legatum generis* proprement dit soit valable, il faut, en général, qu'il existe dans la succession des choses du genre indiqué, sinon la détermination serait insuffisante. C'est alors une de ces choses qui est léguée [1]. Il faut encore que la désignation du genre ne soit pas trop vague, ce qu'on exprime en disant que le genre doit être *proximum*, non *remotum*.

2. A défaut de disposition spéciale, le choix appartenait en cas de legs *per damnationem* au grevé débiteur, conformément aux principes des obligations, et en cas de legs *per vindicationem* au légataire propriétaire, conformément aux règles de la revendication ; en effet, puisque le revendiquant doit désigner l'objet qu'il réclame, il est naturel que le légataire ait le choix. Justinien le lui a conféré d'une manière générale ; il doit l'exercer avec discrétion et ne pas demander précisément ce qu'il y a de mieux [2].

---

[1] Si toutefois la détermination est suffisante sans qu'il y ait dans la succession des choses du genre indiqué, rien ne s'oppose à la validité du legs.

Exemple : un cheval de selle, un cheval de selle bon pour le service militaire, une montre en or, etc. Il n'y a aucun motif pour refuser l'efficacité à ces legs, lors même qu'il n'y a dans la succession ni montres ni chevaux.

[2] Le Code civil donne le choix à l'héritier. 1022, 1162, 1246. ARNTZ I, 2086-2087. De même, le Code autrichien. UNGER, § 68, 76. De même, en général, le Code prussien, avec diverses dispositions qui rappellent l'ancienne distinction du legs *per damnationem* et du legs *per vindicationem*. FŒRSTER, § 252.

Le testateur a pu donner le choix au légataire expressément. On considère alors le choix même comme étant l'objet du legs, *optio legata*, et le légataire est autorisé à choisir ce qu'il y a de mieux. Ce legs était traité jadis comme fait sous la condition que le légataire opérerait le choix, mais Justinien l'a déclaré pur et simple.

Le testateur a pu aussi donner le choix au grevé, qui ne doit pas choisir ce qu'il y a de moindre; ou encore à un tiers, qui doit choisir dans la qualité moyenne.

Le choix une fois fait, n'importe par qui, est définitif.

Si la chose choisie par le grevé est enlevée par éviction, le légataire peut en exiger une autre.

Tit. *De optione vel electione legata* XXXIII, 5.

§ 22 J. *De legatis* II, 20 : Si generaliter servus vel alia res legetur, electio legatarii est, nisi aliud testator dixerit. § 23. Optionis legatum, id est ubi testator ex servis suis vel aliis rebus optare legatarium jusserat, habebat in se conditionem, et ideo nisi ipse legatarius vivus optaverat, ad heredem legatum non transmittebat. Sed ex constitutione nostra et hoc in meliorem statum reformatum est et data est licentia et heredi legatarii optare, licet vivus legatarius hoc non fecit. Et diligentiore tractatu habito et hoc in nostra constitutione additum est, ut, sive plures legatarii existant, quibus optio relicta est, et dissentiant in corpore eligendo, sive unius legatarii plures heredes, et inter se circa optandum dissentiant alio aliud corpus eligere cupiente, ne pereat legatum (quod plerique prudentium contra benevolentiam introducebant), fortunam esse hujus optionis judicem et sorte esse hoc dirimendum, ut, ad quem sors perveniat, illius sententia in optione præcellat.

Papinien, L. 69 § 4 *De J. D.* XXIII, 3 : Gener a socero dotem arbitratu soceri certo die dari non demonstrata re

vel quantitate stipulatus fuerat : arbitrio quoque detracto stipulationem valere placuit, nec videri simile, quod fundo non demonstrato nullum esse legatum vel stipulationem fundi constaret; cum inter modum constituendæ dotis et corpus ignotum differentia magna sit : dotis etenim quantitas pro modo facultatium patris et dignitate mariti constitui potest.

Ulpien, L. 71 pr. *De legatis* 1 : Si domus alicui simpliciter sit legata neque adjectum quæ domus, cogentur heredes quam vellent domum ex his quas testator habebat legatario dare : quodsi nullas ædes reliquerit, magis derisorium est quam utile legatum.

Le même, L. 37 pr., même titre : Legato generaliter relicto, veluti hominis, Gaius Cassius scribit id esse observandum, ne optimus vel pessimus accipiatur : quæ sententia rescripto imperatoris nostri et divi Severi juvatur, qui rescripserunt homine legato actorem non posse eligi.

Africain, L. 108 § 2, même titre : Cum homo Titio legatus esset, quæsitum est, utrum arbitrium heredis est quem velit dandi an potius legatarii? Respondi verius dici electionem ejus esse, cui potestas sit qua actione uti velit, id est legatarii.

Ulpien, L. 2 pr. *De optione* : Quoties servi electio vel optio datur, legatarius optabit quem velit : sed et homine generaliter legato arbitrium eligendi quem acciperet ad legatarium pertinet.

Pomponius, L. 8 § 3, même titre : Si rerum depositarum electio mihi relicta sit, et ad exhibendum cum eo, apud quem depositæ sint, agere potero et cum herede agere, ut is depositi agendo facultatem mihi eligendi præstet.

Paul, L. 4, même titre : Scyphi electione data si non omnibus scyphis exhibitis legatarius elegisset, integram ei optionem manere placet (nisi ex his dumtaxat eligere voluisset, cum sciret et alios esse).

Africain, L. 110 *De legatis* 1 : Si heres generaliter servum quem ipse voluerit dare jussus sciens furem dederit isque furtum legatario fecerit, de dolo malo agi posse ait.

Sed quoniam illud verum est heredem in hoc teneri, ut non pessimum det, ad hoc tenetur, ut et alium hominem præstet et hunc pro noxæ dedito relinquat.

Paul, L. 5 pr., même titre : Servi electione legata semel dumtaxat optare possumus.

Ulpien, L. 1 *De optione* : Divus Pius Cæcilio Proculo rescripsit eum, cui servorum legata sit electio, tres posse eligere.

Javolène, L. 29 § 3 *De legatis* 3 : Si heres tibi servo generaliter legato Stichum tradiderit isque a te evictus fuisset, posse te ex testamento agere Labeo scribit, quia non videtur heres dedisse, quod ita dederat, ut habere non possis : et hoc verum puto. Sed hoc amplius ait debere te, priusquam judicium accipiatur, denuntiare heredi : nam si aliter feceris, agenti ex testamento opponetur tibi doli mali exceptio.

Justinien, L. 3 pr. C. *Communia de legatis* VI, 43 (531) : Si duobus vel tribus hominibus vel pluribus forte optio servi vel alterius rei fuerit relicta, vel si uni quidem legatario optio servi vel alterius rei relicta est, ipse autem moriens plures sibi reliquerit heredes, dubitabatur inter veteres, si inter legatarios vel heredes legatarii fuerit certatum, et alter alterum servum vel aliam rem eligere velit, quid sit statuendum. Sancimus itaque, in omnibus hujusmodi casibus rei judicem fortunam esse et sortem inter altercantes adhibendam, ut, quem sors præstulerit, is quidem habeat potestatem eligendi, ceteris autem æstimationem præstet contingentium eis partium... § 1. Sed et si quis optionem servi vel alterius rei reliquerit non ipsi legatario, sed quem Titius forte elegerit, Titius autem vel noluerit eligere vel morte fuerit præventus et in hac specie dubitabatur apud veteres, quid statuendum sit, utrumve legatum exspiret, an aliquod ei inducatur adjutorium, ut viri boni arbitratu procedat electio. Censemus itaque, si intra annale tempus ille, qui eligere jussus est, hoc facere supersederit, vel minime potuerit, vel quandocumque decesserit ipsi legatario videri esse datam electionem, ita tamen ut non

optimum ex servis vel aliis rebus quidquam eligat, sed mediæ æstimationis, ne, dum legatarium satis esse fovendum existimamus, heredis commoda defraudentur.

3. L'objet du legs peut être déterminé de telle sorte, que ce soit l'une de deux ou de plusieurs choses ou prestations : « *illud aut illud*, » *Stichus ou Pamphile, Stichus ou cent pièces d'or*.

Les règles du choix sont, en général, les mêmes que dans le *legatum generis*. Il n'y a pas de restriction dans la liberté de choisir [4]. Régulièrement le testateur donne le choix à l'héritier ou au légataire expressément.

Le legs d'alternative est multiple en ce sens que les deux ou les diverses choses se trouvent également et indépendamment l'une de l'autre ou des autres *in obligatione*. Il est unique au point de vue de l'ouverture et de l'acceptation.

Africain, L. 109 § 1 *De legatis* 1 : Heres, cujus fidei commissum erat, ut mihi fundum aut centum daret, fundum Titio vendidit; cum electio ei relinquitur utrum malit dandi, ut tamen alterum solidum præstet, prætoris officio convenire existimo, ut, si pecuniam Titius offerat, inhibeat fundi persecutionem.

Ulpien, L. 34 § 14, même titre : Si ita Titio legetur : « *fundum Seianum vel usumfructum ejus sibi habeto*, » duo esse legata, et arbitrio ejus esse, an velit usumfructum vindicare.

Pomponius, L. 11 § 1 *De legatis* 2 : « *Stichum aut Pamphilum, utrum heres meus volet, Titio dato, dum, utrum*

---

[4] Le Code civil (1199) et le Code autrichien donnent le choix à l'héritier. Pour le Code prussien, voyez la note précédente. UNGER, § 76.

velit dare, eo die, quo testamentum meum recitatum erit, dicat. » Si non dixerit heres, Pamphilum an Stichum dare malit, perinde obligatum esse puto, ac si Stichum aut Pamphilum dare damnatus esset, utrum legatarius elegerit. Si dixerit se Stichum dare velle, Sticho mortuo liberari eum : si ante diem legati cedentem alter mortuus fuerit, alter qui supererit, in obligatione manebit. Cum autem semel dixerit heres, utrum dare velit, mutare sententiam non poterit. Et ita et Juliano placuit. — Cf. Julien, L. 84 § 9-11 *De legatis* 1.

Celse, L. 19 *De legatis* 2 : Si is, cui legatus sit « *Stichus aut Pamphilus,* » cum Stichum sibi legatum putaret, vindicaverit, amplius mutandæ vindicationis jus non habet. Tanquam si damnatus heres alterutrum dare, Stichum dederit, cum ignoret, sibi permissum, vel Pamphilum dare, nihil repetere possit.

Le même, L. 15, même titre : Si quis duobus heredibus institutis ita legaverit : « *Stichum aut decem heredes danto,* » non potest alter heredum quinque, alter partem Stichi dare ; sed necesse est utrumque aut Stichum totum aut decem solvere.

Ulpien, L. 14 *Quando dies legatorum* XXXVI, 2 : Si « *ususfructus aut decem, utrum legatarius voluerit* » sint legata, utrumque spectandum, et mortem testatoris et aditionem hereditatis, mortem propter decem, aditionem propter usumfructum. Quamvis enim electio sit legatarii, tamen nondum electioni locus esse potest, cum proponetur aut nondum testatorem decessisse aut eo mortuo hereditas nondum adita. § 1. Inde quærit Julianus, si post mortem testatoris legatarius decedat, an ad heredem transferatur decem legatum, et libro trigensimo septimo Digestorum scribit, posse dici, decem transtulisse, quia mortuo legatario dies legati cedit. Argumentum Julianum pro sententia sua affert tale : « *Seiæ decem, aut, si pepererit, fundum heres meus dato.* » Nam si antequam pariat, inquit, decesserit, ad heredem suum decem transmittit.

Julien, L. 16 pr., même titre : Cum ita legatum est :

« *Stichum vel quod ex Pamphila natum erit heres meus dato,* » non ante diem legati ejus cedet, quam aliquid ex Pamphila natum fuerit aut certum fuerit nasci non posse.

Papinien, L. 25 pr., même titre : Cum *illud aut illud* legatur, enumeratio plurium rerum disjunctivo modo comprehensa plura legata non facit. Nec aliud probari poterit, si pure fundum alterum, vel alterum sub condicione legaverit. Nam pendente condicione non erit electio, nec si moriatur, ad heredem transiisse legatum videbitur.

§ 65. — *Legs de quantité.*

MAYNZ, § 511. ARNDTS, § 571. BRINZ, § 214. KELLER, § 568. PUCHTA, § 350. TEWES, § 109. VANGEROW, § 550. VERING, p. 768. WINDSCHEID, § 655.

Le legs peut être d'une quantité de choses fongibles : *tant de mesures de froment, tant de bouteilles de vin, telle somme d'argent.*

Le légataire est créancier du grevé pour cette quantité. Peu importe, en général, qu'il y ait ou non dans la succession des choses du genre voulu. Il en pourrait être autrement, toutefois, si le genre était limité par une indication de qualité n'existant que dans une quantité restreinte.

A défaut d'indication de qualité, le grevé a le choix [1].

Les choses fongibles peuvent d'ailleurs être spécialisées de telle sorte que le legs de quantité devienne un legs de genre ou un legs d'universalité [2].

---

[1] Paul dit que le grevé est libre dans l'exercice du choix; je pense cependant qu'il ne doit pas donner précisément la pire qualité. On peut l'inférer du texte d'Ulpien transcrit.

[2] Voyez le paragraphe qui suit.

Si la quantité n'est pas précisée, l'opinion qui a prévalu à Rome admet que le testateur a voulu léguer toutes les choses fongibles du genre indiqué qui existent dans la succession.

En ceci, comme partout en matière de legs, la volonté exprimée ou reconnue du testateur décide.

Ulpien, L. 3 pr. *De tritico vino vel oleo legato* XXXIII, 6 : Si cui vinum sit legatum centum amphorarum, cum nullum vinum reliquisset, vinum heredem emturum et præstituturum, non autem, quod vini numero fuit.

Paul, L. 4, même titre : Cum certum pondus olei non adjecta qualitate legatur, non solet quæri, cujus generis oleo uti solitus fuerit testator, aut cujus generis oleum istius regionis homines in usu habeant. Et ideo liberum est heredi, cujus vellet generis oleum legatario solvere.

Julien, L. 5, même titre : Cum certus numerus amphorarum vini legatus esset ex eo quod in fundo Semproniano natum esset, et minus natum esset, non amplius deberi placuit, et quasi taxationis vicem obtinere hæc verba « *quod natum erit* ».

Proculus, L. 6, même titre : Cui vinum heres dare damnatus est, (*etiam*) quod in amphoris et cadis diffusum est dari debet, etiamsi vasorum mentio facta non est. Item quamvis cum vasis cadis legatum est, tamen id quoque, quod in doliis, legatum esse videtur, sicuti, si servos omnes cum peculio cujusque eorum legasset, etiam eos, quibus peculii nihil esset, legasse videretur.

Javolène, L. 7 pr., même titre : Quidam heredem damnaverat, dare uxori suæ vinum oleum frumentum acetum mella salsamenta. Trebatius aiebat ex singulis rebus non amplius deberi, quam quantum heres mulieri dare voluisset, quoniam non adjectum esset, quantum ex quaque re daretur. Ofilius, Cascellius, Tubero omne, quantum pater familias reliquisset, legatum putant : Labeo id probat idque verum est.

Ulpien, L. 34 § 3 *De legatis* 1 : Sed si non corpus sit legatum, sed quantitas eadem in eodem testamento sæpius, divus Pius rescripsit tunc sæpius præstandam summam, si evidentissimis probationibus ostendatur testatorem multiplicasse legatum voluisse : idemque et in fideicommisso constituit. Ejusque rei ratio evidens est, quod eadem res sæpius præstari non potest, eadem summa volente testatore multiplicari potest. § 5. Sed si pondus auri vel argenti sæpius sit relictum, Papinianus respondit magis summæ legato comparandum, merito, quoniam non species certa relicta videatur. § 6. Proinde et si quid aliud est quod pondere numero mensura continetur sæpius relictum, idem erit dicendum, id est sæpius deberi, si hoc testator voluerit.

§ 66. — *Legs d'universalité.* — *Legs de partition.*

MAYNZ, § 513. ARNDTS, § 570. BRINZ, § 213. KELLER, § 566. PUCHTA, § 530. TEWES, § 108. VANGEROW, § 553. VERING, p. 767-768. WINDSCHEID, § 654, 659.

1. On peut léguer un ensemble de choses, *universitas facti*. Les Pandectes en contiennent des exemples nombreux et instructifs à divers points de vue : troupeau, bibliothèque; provisions de vin, d'huile, de grain du testateur, quote-parts de ces provisions; provisions de bouche, *penus;* mobilier, *supellex;* argenterie; or, argent, bijoux; ce qui sert à la toilette des femmes, à la parure, au vêtement; ce qui sert à l'exploitation d'un immeuble rural, *instrumentum;* un immeuble garni, ou tel qu'il est, *fundus instructus*, *fundus uti nunc est*. Dans ce dernier cas, il y a une chose principale léguée, savoir le fonds, et une universalité qui en est l'accessoire.

2. On peut aussi léguer les universalités de droit :

une succession acquise par le testateur ou par le grevé; une dot; un pécule; des quote-parts de succession, de dot, de pécule.

Un legs d'universalité de droit d'une espèce particulière est celui par lequel le testateur lègue une quote-part de sa propre hérédité : *partitio legata, legatum partitionis.*

Ce legs s'est probablement formé sous l'influence de l'exclusion des femmes statuée par la loi *Voconia* [1]. Le légataire partiaire n'entrait pas en relation avec les créanciers, ni avec les débiteurs de la succession. Il ne participait pas au droit d'accroissement entre cohéritiers. Les héritiers étaient obligés de partager la succession avec lui; il participait à l'actif et supportait le passif au prorata de la quote-part léguée. Il avait droit à cette part telle qu'elle était établie après la liquidation de la succession; il s'engageait à restituer à l'héritier ce qu'il se trouverait avoir reçu de trop, si le passif était plus considérable qu'on ne l'avait cru d'abord; et réciproquement l'héritier promettait de donner au légataire ce qui pourrait lui revenir plus tard, si l'actif était plus considérable. Ces engagements réciproques s'appelaient *stipulationes partis et pro parte.*

Le legs de partition, fort en usage à l'époque classique, ne paraît plus exister comme espèce distincte dans le droit de Justinien [2].

---

[1] *Supra*, § 17 et 61.

[2] Ceci est très-controversé. Voyez *infra*, § 83. Le droit autrichien a le *legs de partition*. UNGER, § 20, note 6. § 54, note 4. On peut comparer au legs de partition le legs à titre universel du droit français.

3. Certaines universalités forment des intermédiaires entre l'universalité de droit et l'universalité de fait. Ainsi une boutique, une banque. On peut les léguer; nos sources contiennent quelques décisions à leur sujet.

4. Le legs d'universalité est un legs unique, indivisible.

L'étendue et la composition de l'universalité se déterminent au moment de la mort, à moins d'intention contraire manifestée par le testateur [3].

Le legs n'est pas éteint par le fait de la diminution des choses qui en font partie; le legs du troupeau, par exemple, subsiste tant qu'il reste une tête de bétail; celui de la bibliothèque, tant qu'il reste un livre [4]. Mais la perte ou l'aliénation de la chose principale dont l'universalité n'est qu'un accessoire entraîne l'extinction du legs de l'accessoire [5].

5. Il ne faut pas confondre avec ce legs d'universalité, non plus qu'avec le *legatum generis*, le legs que les modernes appellent improprement *legatum generale*, savoir le legs où le testateur réunit plusieurs objets qui ont entre eux un certain rapport, qui n'est pas celui de principal et d'accessoire, et les désigne par ce rapport. Par exemple : *telle jument avec son poulain, telle vache et son veau, telle esclave et ses enfants*. Il y a là, en réalité, deux ou plusieurs legs indépendants.

---

[3] *Infra*, § 71.

[4] Il en est autrement dans le legs d'usufruit. § 68.

[5] Gaius, L. 2 *De peculio legato* XXXIII, 8 : Nam quæ accessionum locum obtinent, extinguuntur, cum principales res peremtæ fuerint.

Au livre XXXIII : 6 *De tritico vel vino vel oleo legato* Tit. D. 7 *De instructo vel instrumento legato.* 8 *De peculio legato.* 9 *De penu legata.* 10 *De supellectili legata.* XXXIV, 2 *De auro argento mundo ornamentis unguentis veste vel vestimentis et statuis legatis.*

Gaius II, 254. *Infra*, § 83.

§ 5 J. *De fideicommissariis hereditatibus* II, 23 : Ille autem qui ex fideicommisso recepit partem hereditatis legatarii partiarii loco erat, id est ejus legatarii, cui pars bonorum legabatur. Quæ species legati partitio vocabatur, quia cum herede legatarius partiebatur hereditatem. Unde quæ solebant stipulationes inter heredem et partiarium legatarium interponi, eædem interponebantur inter eum, qui ex fideicommisso recepit hereditatem, et heredem, id est ut et lucrum et damnum hereditarium pro rata parte inter eos commune sit.

Ulpien XXV, 15 : ... Partis autem et pro parte stipulationes proprie dicuntur, quæ de lucro et damno communicando solent interponi inter heredem et legatarium partiarium, id est, cum quo partiri jussus est heres.

Paul, L. 23 *De legatis* 1 : Si quis bonorum partem legaverit, ut hodie fit, sine fructibus restituitur, nisi mora intercesserit heredis.

Pomponius, L. 26 § 2, même titre : Cum bonorum parte legata dubium sit, utrum rerum partes an æstimatio debeatur, Sabinus quidem et Cassius æstimationem, Proculus et Nerva rerum partes esse legatas existimaverunt. Sed oportet heredi succurri, ut ipse eligat, sive rerum partes sive æstimationem dare maluerit. In his tamen rebus partem dare heres conceditur, quæ sine damno dividi possunt : sin autem vel naturaliter indivisæ sint vel sine damno divisio eorum fieri non potest, æstimatio ab herede omnimodo præstanda est.

Cf. Julien, L. 104 § 7, même titre.

Paul, L. 8 § 5 *De legatis* 2 : Si cui certam partem hereditatis legavero, divus Hadrianus rescripsit, ut neque pretia manumissorum neque funeris impensa deducerentur.

Modestin, L. 9, même titre : Cum autem pars bonorum ita legatur : « *Bonorum meorum, quæ sunt cum moriar,* » dos et manumissorum pretia e medio deducenda sunt.

Ulpien, L. 23 § 5 *Ad senatusconsultum Trebellianum* XXXVI, 1 : ... Si cui portio hereditatis fuerit legata (legari enim posse etiam portionem hereditatis placet nobis)...

§ 17 J. *De legatis* II, 20 : Si quis ancillas cum suis natis legaverit, etiamsi ancillæ mortuæ fuerint, partus legato cedunt. Idem est, si ordinarii servi cum vicariis legati fuerint, ut, licet mortui sint ordinarii, tamen vicarii legato cedant. Sed si servus cum peculio fuerit legatus, mortuo servo vel manumisso vel alienato et peculii legatum extinguitur. Idem est, si fundus instructus vel cum instrumento legatus fuerit : nam fundo alienato et instrumenti legatum extinguitur. § 18. Si grex legatus fuerit posteaque ad unam ovem pervenerit, quod superfuit vindicari potest. Grege autem legato etiam eas oves, quæ post testamentum factum gregi adjiciuntur, legato cedere Julianus ait : esse enim gregis unum corpus ex distantibus capitibus, sicuti ædium unum corpus est ex cohærentibus lapidibus. § 19. Ædibus denique legatis columnas et marmora, quæ post testamentum factum adjecta sunt, legato cedere. § 20. Si peculium legatum fuerit, sine dubio quidquid peculio accedit vel decedit vivo testatore, legatarii lucro vel damno est.

Paul, L. 2 *De legatis* 2 : Quotiens nominatim plures res in legato exprimuntur, plura legata sunt : si autem supellex aut argentum aut peculium aut instrumentum legatum sit, unum legatum est.

Le même, L. 6, même titre : Grege autem legato non potest quædam sperni, quædam vindicari, quia non plura, sed unum legatum est. Idemque dicemus peculio legato aut veste aut argento aut similibus.

Ulpien, L. 21 *De legatis* 1 : Grege legato et quæ postea accedunt ad legatarium pertinent.

Pomponius, L. 22, même titre : Si grege legato aliqua pecora vivo testatore mortua essent in eorumque locum

aliqua (*alia?*) essent substituta, eundem gregem videri : et si deminutum ex eo grege pecus esset et vel unus bos superesset, eum vindicari posse, quamvis grex desiisset esse : quemadmodum insula legata, si combusta esset, area possit vindicari.

Paul, L. 1 § 1 *De instructo :* Fundo cum instrumento legato et alienato, instrumentum non vindicabitur ex sententia defuncti.

§ 67. — *Legs de prestations périodiques.*

MAYNZ, § 512. ARNDTS, § 572-573. BRINZ, § 214, 216. KELLER, § 567. PUCHTA, § 531. TEWES, § 110-111. VANGEROW, § 551-552. VERING, p. 769-770. WINDSCHEID, § 660.

1. On peut léguer des prestations périodiques, par exemple : *une somme de tant, tous les ans,* ou *tous les mois, toutes les semaines, durant tant d'années,* ou *tant que le légataire vivra.*

Il y a, dans ce cas, autant de legs distincts que d'échéances ; le premier est pur et simple, les suivants sont subordonnés à la condition de la vie du légataire à l'échéance.

Le legs s'ouvre, pour la première prestation, comme il sera dit plus loin [1] et pour les suivantes au terme fixé, savoir au commencement de chaque nouvelle année, si le legs est annuel, ou de chaque mois nouveau, si le legs est mensuel, etc.

Si la durée n'est pas fixée, la rente est due au légataire sa vie durant.

---

[1] *Infra,* § 71.

Elle peut être laissée aux héritiers, aux héritiers des héritiers, à perpétuité.

La rente laissée à une personne morale est perpétuelle, jusqu'à l'extinction de la personne [2].

Tit. D. *De annuis legatis et fideicommissis* XXXIII, 1.

Paul, L. 11 *De annuis :* Cum in annos singulos legatur, plura legata esse placet, et per singula legata jus capiendi inspicitur. Idem in servo inspiciendum est ex persona dominorum.

Le même, L. 4, même titre : Si in singulos annos alicui

---

[2] Le legs de rente ne doit pas être confondu avec le legs d'une somme à payer en un certain nombre d'échéances, lequel est unique et s'ouvre en une seule fois. Le legs du revenu d'une chose, par exemple d'un immeuble, ne doit pas être confondu avec le legs de l'usufruit de cette chose; cependant le même titre des Pandectes (XXXIII, 2) traite de l'un et de l'autre.

Gaius, L. 8 *De annuis :* In singulos annos relictum legatum simile est usui fructui, cum morte finiatur. Sane capitis deminutione non finitur, cum ususfructus finiatur : et (*etsi et?*) ususfructus ita legari potest : « *Titio usumfructum fundi lego et quotiensque capite minutus erit, eundem usumfructum ei do.* » Illud certe amplius est in hoc legato, quod in ingressu cujuslibet anni si decesserit legatarius, ejus anni legatum heredi suo relinquit : quod in usufructu non ita est, cum fructuarius, etiamsi maturis fructibus, nondum tamen perceptis decesserit, heredi suo eos fructus non relinquet. — Scévola, L. 38 *De usu et usufructu* XXXIII, 2 : « *Fundi Æbutiani reditus uxori meæ, quoad vivat, dari volo :* » Quæro, an possit tutor heredis fundum vendere et legatario offerre quantitatem annuam, quam vivo patre familias (*vivus pater familias?*) ex locatione fundi redigere consueverat? Respondit posse. Item quæro, an habitare impune prohiberi possit. Respondit non esse obstrictum heredem ad habitationem præstandam. Item quæro, an compellendus sit heres reficere prædium. Respondit si heredis facto minores reditus facti essent, legatarium recte desiderare, quod ob eam rem deminutum sit. Item quæro, quo distat hoc legatum ab usufructu? Respondit ex his, quæ supra responsa essent, intellegi differentiam.

legatum sit, Sabinus, cujus sententia vera est, plura legata esse ait, et primi anni purum, sequentium condicionale : videri enim hanc inesse condicionem, « *si vivat* », et ideo mortuo eo ad heredem legatum non transire.

Ulpien, L. 10 *Quando dies legatorum* XXXVI, 2 : Cum in annos singulos legatur, non unum legatum esse, sed plura constat.

Julien, L. 11, même titre : (Nec refert, singuli aurei in annos singulos legentur an in annum primum mille aurei, in secundum homo, in tertium frumentum).

Ulpien, L. 12, même titre : Nec semel diem ejus cedere, sed per singulos annos. § 1. Sed utrum initio cujusque anni an vero finito anno cedat, quæstionis fuit. Et Labeo (*et*) Celsus et Cassius et Julianus in omnibus, quæ in annos singulos relinquuntur, hoc probaverunt, ut initio cujusque anni hujus legati dies cederet.

Septime Sévère et Caracalla, L. 1 C. *Quando dies legati* VI, 53 (198) : Si competenti judici annua legata vel fideicommissa tibi relicta probaveris, ab initio cujusque anni exigendi ea habebis facultatem.

Justinien, L. 22 C. *De legatis* VI, 37 (528) : In annalibus legatis vel fideicommissis, quæ testator non solum certæ personæ, sed etiam ejus heredibus præstare voluit, eorum exactionem omnibus heredibus et eorum heredum heredibus conservari, pro voluntate testatoris præcipimus.

Modestin, L. 6 *De annuis* : Annuam pecuniam ad ludos civitati reliquit, quibus præsidere heredes voluit : successores heredum negant se debere, quasi testator tamdiu præstare voluisset, quamdiu præsiderent heredes : quæro igitur an, cum præsidendi mentionem fecerit, ad tempus fideicommissum an perpetuo præstari voluerit. Modestinus respondit fideicommissum quotannis in perpetuum rei publicæ præstandum esse. — Cf. Scévola, L. 20 § 1, même titre.

Ulpien, L. 22 *De usu et usufructu* XXXIII, 2 : « *Patrimonii mei reditum omnibus annis uxori meæ dari volo.* » Aristo respondit ad heredem uxoris non transire, quia aut

usuifructui simile esset aut huic legato : « *in annos singulos* ».

2. Une espèce particulière de legs de prestations périodiques est le legs d'aliments. On y comprend, à défaut de détermination expresse, tout l'entretien matériel, avec le vêtement et l'habitation, mais non l'éducation. Le montant est fixé par le testateur ; sinon, par le juge, eu égard à toutes circonstances de nature à montrer la volonté du testateur : fortune du testateur et du légataire, relations qui existent entre eux, etc. A moins de disposition contraire, les aliments sont dus au légataire sa vie durant.

Le legs d'aliments jouit de diverses faveurs. On est indulgent à l'égard de la *testamenti factio* du légataire, lequel peut même être un esclave recevant pour lui-même. Ce legs est à l'abri de toute réduction du chef de la *quarte falcidie*, et n'est pas compris dans une révocation générale des legs ; laissé jusqu'à la puberté, il l'est jusqu'à dix-huit ans accomplis.

Tit. D. *De alimentis vel cibariis legatis* XXXIV, 1.

Marcien, L. 20 *Quando dies legatorum* XXXVI, 2 : Si cum præfinitione annorum legatum fuerit, veluti « *Titio dena usque ad annos decem,* » Julianus libro trigensimo Digestorum scribit interesse : et si quidem alimentorum nomine legatum fuerit, plura esse legata et futurorum annorum legatum legatarium mortuum ad heredem non transmittere. Si vero non pro alimentis legavit, sed in plures pensiones divisit exonerandi heredis gratia, hoc casu ait, omnium annorum unum esse legatum et intra decennium decedentem legatarium etiam futurorum annorum legatum ad heredem suum transmittere, quæ sententia vera est. Cf. Papinien, L. 26 § 2, même titre.

Javolène, L. 6 *De alimentis* : Legatis alimentis cibaria et vestitus et habitatio debebitur, quia sine his ali corpus non potest : cetera quæ ad disciplinam pertinent legato non continentur.

Paul, L. 7, même titre : Nisi aliud testatorem sensisse probetur.

Valens, L. 22 pr., même titre : Cum alimenta per fideicommissum relicta sunt, non adjecta quantitate, ante omnia inspiciendum est, quæ defunctus solitus fuerat ei præstare, deinde, quid ceteris ejusdem ordinis reliquerit. Si neutrum apparuerit, tum ex facultatibus defuncti et caritate ejus, cui fideicommissum datum fuerit, modus statui debebit.

Paul, L. 11, même titre : Is, cui annua alimenta relicta fuerant, in metallum damnatus indulgentia Principis restitutus est. Respondi eum et præcedentium annorum recte cepisse alimenta et sequentium deberi ea.

Ulpien, L. 14 § 1, même titre : Certe si usque ad pubertatem alimenta relinquantur, si quis exemplum alimentorum, quæ dudum pueris et puellis dabantur, velit sequi, sciat Hadrianum constituisse, ut pueri usque ad decimum octavum, puellæ usque ad quartum decimum annum alantur, et hanc formam ab Hadriano datam observandam esse Imperator noster rescripsit. Sed etsi generaliter pubertas non sic definitur, tamen pietatis intuitu in sola specie alimentorum hoc tempus ætatis esse observandum non est incivile.

Papinien, L. 77 § 1 *De legatis* 2 : Si pars donationis fideicommisso teneatur, fideicommissum quoque munere Falcidiæ fungetur. Si tamen alimenta præstari voluit, collationis totum onus in residuo donationis esse respondendum erit ex defuncti voluntate, qui de majore pecunia præstari non dubia voluit integra.

§ 68. — *Legs de droits réels.*

MAYNZ, § 514. ARNDTS, § 575. BRINZ, § 217. KELLER, § 564. PUCHTA, § 532. TEWES, § 114. VANGEROW, § 554. VERING, p. 770-775. WINDSCHEID, § 656.

Le testateur peut léguer un droit réel à lui appartenant sur la chose d'un tiers, pourvu que ce droit soit transférable, et dans les conditions où il est transférable. Ainsi une hypothèque avec la créance dont elle est l'accessoire, une emphytéose, une superficie. Il peut obliger son héritier à transférer un droit réel, et à transférer l'exercice d'un usufruit. Il peut abandonner au profit du légataire un droit réel sur la chose de celui-ci; par exemple une hypothèque, une servitude; ou encore, constituer en faveur du légataire un droit réel sur une chose de la succession, ou du grevé, ou même d'un tiers, toujours dans les conditions requises en vertu des principes généraux. Enfin, le testateur peut constituer en faveur d'un autre légataire ou d'un héritier un droit réel sur une chose léguée, en léguant, par exemple, un immeuble *deducto usufructu*.

On lègue fréquemment l'usufruit et le quasi-usufruit. L'usufruit de tous les biens, *omnium bonorum*, peut être l'un et l'autre.

Le legs d'usufruit peut être multiple; c'est le cas lorsqu'il est laissé par années, mois, etc [1]. Il peut aussi être répété, c'est-à-dire renouvelé pour le cas de perte;

---

[1] *Supra*, § 67.

c'est ce que l'on admet lorsqu'il est laissé expressément la vie durant.

On lègue aussi l'usage, l'habitation, les services ; c'est même par legs que ces droits sont fondés le plus souvent.

Les legs de servitudes personnelles sont soumis à certaines règles spéciales quant à leur ouverture et quant à leur accroissement [2].

Pour qu'une servitude prédiale soit constituée valablement par legs, il faut naturellement que le légataire soit propriétaire d'un fonds voisin et que les conditions générales des servitudes prédiales soient remplies. La servitude prédiale étant indivisible, plusieurs grevés sont tenus envers le légataire chacun *in solidum*.

Tit. D. *De usu et usufructu et reditu et habitatione et operis per legatum vel fideicommissum datis* XXXIII, 2. — *De usufructu accrescendo* VII, 2. — *Quando dies ususfructus legati cedat* VII, 3. — *De servitute legata* XXXIII, 3.

Ulpien, L. 1 § 7 *De superficiebus* XLIII, 18 : Sed et tradi posse (superficiem) intellegendum est, ut et legari et donari possit.

Le même, L. 86 § 4 *De legatis* 1 : Valet legatum, si superficies legata sit ei, cujus in solo fuerit, licet is dominus soli sit : nam consequetur, ut hac servitute liberetur et superficiem lucrifaciat.

Le même, L. 71 § 5, 6, même titre. *Supra*, § 63.

Le même, L. 26 pr. *De pigneratitia* XIII, 7 : Non est mirum, si ex quacumque causa magistratus in possessionem aliquem miserit, pignus constitui, cum testamento quoque pignus constitui posse Imperator noster cum patre sæpissime rescripsit.

---

[2] *Infra*, § 71-72.

Justinien, L. 1 C. *Communia de legatis* VI, 43 (529) : ... Quum enim jam hoc jure nostro increbuit, licere testatori hypothecam rerum suarum in testamento, quibus voluerit, dare...

§ 1 J. *De usufructu* II, 4 : Usufructus a proprietate separationem recipit idque pluribus modis accidit. Ut ecce si quis usumfructum alicui legaverit ; nam heres nudam habet proprietatem, legatarius usumfructum. Et contra, si fundum legaverit deducto usufructu, legatarius habet nudam proprietatem, heres vero usumfructum. Item alii usumfructum, alii deducto eo fundum legare potest.

Gaius, L. 3 *De usufructu* VII, 1 : Omnium prædiorum jure legati potest constitui ususfructus, ut heres jubeatur dare alicui usumfructum. Dare autem intellegitur, si induxerit in fundum legatarium eumve patiatur uti frui.

Ulpien, L. 29, même titre : Omnium bonorum usumfructum posse legari, nisi excedat dodrantis æstimationem, Celsus libro trigensimo secundo Digestorum et Julianus libro sexagesimo primo scribit : et est verius.

Scévola, L. 37 *De usu et usufructu et reditu* : « *Uxori meæ usumfructum lego bonorum meorum usque dum filia mea annos impleat octodecim.* » Quæsitum est, an prædiorum tam rusticorum quam urbanorum et mancipiorum et supellectilis itemque calendarii ususfructus ad uxorem pertineat. Respondit secundum ea quæ proponerentur omnium pertinere.

Ulpien, L. unique, pr. *Quando dies ususfructus* VII, 3 : Quamquam ususfructus ex fruendo consistat, id est facto aliquo ejus qui fruitur et utitur, tamen semel cedit dies... Quæri potest, si ususfructus cui per dies singulos legetur, vel in annos singulos, an semel cedat? Et puto non cedere semel, sed per tempora adjecta, ut plura legata sint. Et ita libro quarto Digestorum Marcellus probat in eo, cui alternis diebus ususfructus legatus est.

Ulpien, L. 5 pr. *Quibus modis ususfructus* VII, 4 : Repeti potest ususfructus legatus amissus qualicumque ratione, dummodo non morte : nisi forte heredibus legaverit.

Le même, L. 3 pr., même titre : Sicut in annos singulos ususfructus legari potest, ita et capitis minutione amissus legari potest, ut adjiciatur : « *Quotiensque capite minutus erit, ei lego,* » vel sic ; « *Quotiens amissus erit* » : et tunc, si capitis minutione amittatur, repetitus videbitur. Unde tractatum est, si cui, « *quamdiu vivat,* » ususfructus legatus sit, an videatur repetitus, quotiens amissus est? Quod et Mæcianus tentat, et puto repetitum videri. Quare si usque ad tempus sit legatus, ut puta usque ad decennium, idem erit dicendum.

§ 4 J. *De servitutibus* II, 3 : ... Potest etiam quis heredem suum damnare, ne altius tollat ædes suas, ne luminibus ædium vicini officiat ; vel ut patiatur, eum tignum in parietem immittere vel stillicidium habere ; vel ut patiatur eum per fundum ire, agere aquamve ex eo ducere.

§ 69. — *Legs de droits d'obligation.*

HAUBOLD, *De legato nominis*. Leipzig, 1793. ARNDTS, *Ad legem 25 De liberatione legata*. Berlin, 1825. MARTENS, *De legato debiti*. Halle, 1852. MAYNZ, § 515-519. ARNDTS, § 576-577. BRINZ, § 218. KELLER, § 565. PUCHTA, § 532. TEWES, § 115. VANGEROW, § 555. VÉRING, p. 775-780. WINDSCHEID, § 657-658.

L'objet du legs peut être un droit d'obligation.

On distingue trois espèces différentes : le legs de créance, le legs de libération, le legs de dette.

1. Le testateur peut léguer à Titius sa créance contre Séius, *nomen Seianum* [1]. Il peut aussi léguer d'une manière générale ses créances, son portefeuille, *calendarium*, ce qui est alors un legs d'universalité régi par

[1] Il ne faut pas confondre avec le legs de créance le legs d'une somme avec indication d'un débiteur, duquel cette somme peut ou doit être tirée. Julien, L. 96 pr. *De legatis* 1 : Quidam testamento vel codicillis ita legavit : « *Aureos quadringentos Pamphilæ dari volo ita ut infra*

les règles énoncées ci-dessus. Ou encore une partie du *calendarium*, une ou plusieurs de ses créances : alors les règles du *legatum generis* peuvent trouver leur application [2].

Le légataire de créance peut exiger du grevé cession de la créance; selon les principes de la cession, il peut aussi actionner le débiteur *utiliter quasi ex jure cesso*. Le grevé n'est garant ni de la bonté, ni de la vérité de la créance : si elle n'existait pas, elle n'a pu être léguée; d'ailleurs, la prestation est impossible, et le legs nul aussi de ce chef. L'indication d'une somme comme étant due par un tiers ne saurait être considérée comme une *falsa demonstratio quæ non nocet*.

La prestation est également impossible, si la créance a existé, mais est éteinte, par exemple par payement. Toutefois, le legs est maintenu si le testateur, en recevant le payement, n'a pas eu l'intention de révoquer. Au légataire réclamant son legs, à fournir la preuve que le testateur a voulu maintenir le legs.

On peut léguer des créances de toute sorte, naturelles, à terme, solidaires, alternatives [3].

---

scriptum est : ab Julio actore aureos tot et in castris (Castoris? MOMMSEN) *quos habeo tot et in numerato quos habeo tot :* » post multos annos eadem voluntate manente decessit, cum omnes summæ in alios usus translatæ essent : quæro an debeatur fideicommissum. Respondi : vero similius est patrem familias demonstrare potius heredibus voluisse, unde aureos quadringentos sine incommodo rei familiaris contrahere possint, quam condicionem fideicommisso injecisse, quod initio pure datum esset, et ideo quadringenti Pamphilæ debebuntur.

[2] *Supra*, § 64, 66.

[3] Si le choix appartient au débiteur et si le testateur a légué l'une des choses, il dépendra du débiteur de rendre le legs inefficace; si chacune

§ 21 J. *De legatis* : Tam autem corporales res quam incorporales legari possunt. Et ideo quod defuncto debetur, potest alicui legari, ut actiones suas heres legatario præstet, nisi exegerit vivus testator pecuniam : nam hoc casu legatum exstinguitur. Sed et tale legatum valet : « *Damnas esto heres domum illius reficere* » vel « *illum ære alieno liberare.* »

Dioclétien et Maximien, L. 18 C. *De legatis* (294-305) : Ex legato nominis, actionibus ab his, qui successerunt, non mandatis, directas quidem actiones legatarius habere non potest, utilibus autem suo nomine experietur.

Julien, L. 105 *De legatis* 1 : Legatum ita erat : « *Quæ*

---

des choses est léguée à une personne différente, le débiteur rendra inefficace celui des legs qu'il voudra. Si le choix appartient au créancier, le légataire l'exercera; si les deux choses sont léguées à des légataires différents, le grevé devra à l'un d'eux l'action pour obtenir une des choses, et à l'autre l'estimation. Le même principe est appliqué au legs d'une créance contre plusieurs codébiteurs solidaires.

Marcellus, L. 50 § 1 *De legatis* 2 : Si Titius mihi Stichum aut decem debeat et legavero tibi Stichum quem mihi debet, placet exstingui legatum decem solutis : et si diversis, alii decem, alii Stichus legatus fuerit, ex eventu solutionis legatum valet. — Ulpien, L. 75 § 4 *De legatis* 1 : Proinde si Stichum legaverit, cum ille ei Stichum aut decem deberet, incerti actio legatario adversus heredem competit, ut scripsit Julianus libro trigesimo tertio Digestorum, per quam actionem compellat heredem experiri : et si Stichum consecutus fuerit, præstabit ei, si decem, nihil consequetur. Secundum quod erit in arbitrio debitoris, an sit legatarius is, cui Stichus legatus est. — Julien, L. 76, même titre : Quodsi quis Stichum aut Pamphilum stipulatus Sempronio Stichum legasset, Mævio Pamphilum, oneratus heres intelligitur, ut necesse habeat alteri actionem suam alteri æstimationem Stichi aut Pamphili dare. — Le même, L. 82 § 5, même titre : Qui Gaium et Lucium ejusdem pecuniæ reos habeat, si ita legaverit : « *Quod mihi Gaius debet, id heres meus Sempronio damnas esto dare; quod mihi Lucius debet, id heres meus Mævio damnas esto dare,* » eam condicionem heredis sui constituit, ut necesse habeat, alteri actiones suas, alteri litis æstimationem præstare. Si tamen vivus testator Gaio acceptum fecit, necesse est, ut Sempronii et Mævii legatum inutile sit.

Titius mihi debet, ea heres meus Cornelio dare damnas esto; » nihil amplius ex hoc legato quam actiones suas heres præstare debet.

Ulpien, L. 44 § 5, même titre : Eum, qui *chirographum* legat, debitum legare, non solum tabulas, argumento est venditio : nam cum chirographa veneunt, nomen venisse videtur. § 6. Sed et si *nomen* legetur, benigne id quod debetur accipiendum est, ut actiones adversus debitorem cedantur.

Le même, L. 39 § 3, même titre : Idem Julianus scribit, si fundum testator, quem ab alio emerat, mihi legavit, heredem cogendum mihi actionem ex emto præstare, scilicet si nondum res tradita fuerit vel defuncto vel heredi.

Le même, L. 75 § 1 *De legatis* 1 : Si mihi quod Titius debet fuerit legatum neque Titius debeat, sciendum est nullum esse legatum. Et quidem, si quantitas non sit adjecta, evidenti ratione nihil debebitur, quia non apparet quantum fuerit legatum... § 2. Quodsi addiderit : » *decem, quæ mihi Titius debet, lego* » sine dubio nihil erit in legato : nam inter falsam demonstrationem et falsam condicionem sive causam multum interest. Proinde et si Titio decem, quæ mihi Seius debet, legavero, nullum erit legatum : esse enim debitor debet : nam et si vivus exegissem, exstingueretur legatum et, si debitor maneret, actiones adversus eum heres meus dumtaxat præstare cogeretur.

Le même, L. 11 § 13 *De legatis* 3 : Ergo et si nomen quis debitoris exegerit, quod per fideicommissum reliquit, non tamen hoc animo quasi vellet extinguere fideicommissum, poterit dici deberi : nisi forte inter hæc interest : hic enim extinguitur ipsa constantia (*substantia?* Bartole) debiti, ibi res durat, tametsi alienata sit. Cum tamen quidam nomen debitoris exegisset et pro deposito pecuniam habuisset, putavi, fideicommissi petitionem superesse, maxime si non ipse exegerat, sed debitor ultro pecuniam obtulerat, quam offerente ipso non potuit non accipere. Paulatim igitur admittemus, etsi ex hac (*del.* Mommsen) parte pecuniæ rem comparaverit, quam non hoc animo

exegit ut fideicommissarium privaret fideicommisso, posse adhuc fideicommissi petitionem superesse.

Teventius Clemens, L. 21 pr. *De liberatione legata* XXXIV, 3 : Si id, quod mihi *deberes, vel tibi vel alii legavero, idque mihi* solveris, vel qualibet alia ratione liberatus a me fueris, extinguitur legatum.

2. Une créance peut être léguée au débiteur même. C'est le legs de libération, qui peut être exprimé de diverses manières.

Si le testateur ou l'héritier est créancier, le légataire opposera à la poursuite une exception de dol ; il peut aussi exiger d'être libéré par acceptilation, ou par pacte, selon les circonstances et la volonté du testateur. Si le créancier est un tiers, l'héritier doit procurer la libération, n'importe comment.

La libération peut n'être que temporaire ; l'avantage consiste alors dans le délai.

Si le légataire de libération ne doit rien, le legs est sans effet ; ici encore, il ne saurait être question de fausse démonstration.

Tit. D. *De liberatione legata* XXXIV, 3.

§ 13 J. *De legatis :* Si quis debitori suo liberationem legaverit, legatum utile est, et neque ab ipso debitore, neque ab herede ejus potest heres petere, nec ab alio qui heredis loco est. Sed et potest a debitore conveniri, ut liberet eum. Potest autem quis vel ad tempus jubere, ne heres petat.

Ulpien, L. 1 pr. *De liberatione :* Omnibus debitoribus ea quæ debent recte legantur, licet domini eorum sint. Cf. L. 39 § 2 *De legatis* 1. *Supra*, § 63.

Pomponius, L. 2 pr., même titre : Heredem, damnatum a fidejussore non petere, a reo petere posse, sed a reo petere

vetitum, si a fidejussore petat, reo ex testamento teneri Celsus putat. § 1. Idem Celsus ait nullam dubitationem habere, quin herede petere a debitore vetito nec heres heredis petere possit.

Ulpien, L. 3, même titre : Liberationem debitori posse legari jam certum est. § 1. Sed et si chirographum quis decedens debitori suo dederit, exceptionem ei competere puto, quasi pro fideicommisso hujusmodi datione valitura. § 2. Julianus etiam libro quadragesimo (*sexagessimo?*) Digestorum scripsit : si quis decedens chirographum Seii Titio dederit, ut post mortem suam Seio det aut, si convaluisset, sibi redderet, deinde Titius defuncto donatore Seio dederit et heres ejus petat debitum, Seius doli exceptionem habet. § 3. Nunc de effectu legati videamus. Et si quidem mihi liberatio sit relicta, cum solus sim debitor, sive a me petatur, exceptione uti possum, sive non petatur, possum agere, ut liberer per acceptilationem. Sed et si cum alio sim debitor, puta duo rei fuimus promittendi, et mihi soli testator consultum voluit, agendo consequar, non ut accepto liberer, ne etiam conreus meus liberetur contra testatoris voluntatem, sed pacto liberabor. Sed quid si socii fuimus? Videamus, ne per acceptilationem debeam liberari : alioquin, dum a conreo meo petitur, ego inquietor. Et ita Julianus libro trigesimo secundo Digestorum scripsit, si quidem socii non simus, pacto me debere liberari, si socii, per acceptilationem.

Le même, L. 7, même titre : Non solum autem quod debetur remitti potest, verum etiam pars ejus vel pars obligationis, ut est apud Julianum tractatum libro trigesimo tertio Digestorum. § 1. Si is qui stipulatus (est) Stichum aut decem damnaverit heredem Stichum non petere, legatum valere constat : sed quid contineat, videamus. Et Julianus scribit actionem ex testamento in hoc esse videri, ut debitor accepto liberetur : quæ res utique debitorem et in decem liberabit, quia acceptilatio solutioni comparatur, et quemadmodum, si Stichum solvisset, debitor liberaretur, ita et acceptilatione Stichi liberari. § 4. Liberatio autem debi-

tori legata ita demum effectum habet, si non fuerit exactum id a debitore, dum vivat testator; ceterum si exactum est, evanescit legatum.

Terentius Clemens, L. 21 § 1, même titre : Unde Juliano placuit et si debitori heres exstiterit creditor posteaque ipse creditor decesserit, legatum extingui : et hoc verum est, quia confusione perinde extinguitur obligatio ac solutione.

Papinien, L. 22, même titre : « *Quod mihi Sempronius debet, peti nolo.* » Non tantum exceptionem habere debitorem, sed et fideicommissum ut liberetur petere posse responsum est.

Pomponius, L. 8, même titre : Non solum nostrum debitorem, sed et heredis et cujuslibet alterius ut liberetur (*liberet heres?*) legare possumus. § 1. Potest heres damnari, ut ad certum tempus non petat a debitore. Sed sine dubio nec liberare (*interpellare?*) eum intra id tempus debebit, et, si debitor decesserit, ab herede ejus intra id tempus peti non poterit.

3. Je puis léguer à mon créancier ce que je lui dois. Ce legs est, en réalité, moins un legs d'obligation qu'un legs de la chose ou de la somme due fait dans le but d'éteindre la dette. Pour être valable, il doit procurer à l'appelé un émolument. Il peut être utile *modo, loco, tempore, condicione*; c'est-à-dire que le légataire peut voir sa créance améliorée par le legs au point de vue du temps et du mode de payement, par le fait que, de future, elle devient présente, de conditionnelle pure et simple, de naturelle civile, qu'une exception est écartée, un lieu plus favorable fixé, etc.

En droit nouveau, le legs de ce qui est dû est régulièrement utile : le légataire a l'action hypothécaire, et le délai de prescription trentenaire ne court qu'à partir du jour de l'ouverture.

Si l'appelé n'était pas créancier, l'objet étant d'ailleurs désigné d'une façon suffisante, il y aurait lieu d'appliquer le principe *falsa demonstratio non nocet*. Au grevé à prouver, s'il y a lieu, l'erreur déterminante du testateur.

Le payement fait par le testateur éteint le legs, mais non le payement volontaire fait pour le testateur par un tiers.

Une espèce particulière est le legs de la dot fait à la personne qui a le droit de la réclamer, *dos prælegata* ou *relegata*[4]. Le légataire obtient divers avantages. La dot lui est payée sur-le-champ, sans délai de restitution. Les divers droits de rétention ne lui sont pas opposables, sauf toutefois le droit de rétention pour impenses nécessaires, lesquelles diminuent la dot de plein droit. Le legs est valable même si le mari n'a point reçu de dot ; il suffit qu'il désigne comme dotaux certains objets ou une certaine somme.

Tit. D. *De dote prælegata* XXXIII, 4.

§ 14 J. *De legatis* II, 20 : Ex contrario, si debitor creditori suo quod debet, legaverit, inutile est legatum, si nihil plus est in legato, quam in debito, quia nihil amplius habet per legatum. Quod si in diem vel sub condicione debitum

---

[4] La dot peut faire l'objet d'un legs de libération et d'un legs de créance. Le legs est laissé par celui qui a le droit de réclamer la restitution, dans le premier cas, à celui qui la doit; dans le second, à un tiers. Ces deux cas n'offrent aucune particularité. Il ne faut les confondre ni avec le *prælegatum* ou *relegatum*, ni avec le cas où une dot est constituée par legs en faveur de la femme ou du mari : *legatum dotis*. Celse, L. 43 *De legatis* 3 : Si filiæ pater dotem arbitratu tutorum dari jussisset, Tubero perinde hoc habendum ait, ac si viri boni arbitratu legatum sit... Cf. L. 71 § 3 *De C. et D.* 35, 1. L. 77 § 9 *De legatis* 2.

ei pure legaverit, utile est legatum propter repræsentationem. Quodsi vivo testatore dies venerit aut condicio extiterit, Papinianus scripsit, utile esse nihilominus legatum, quia semel constitit. Quod et verum est : non enim placuit sententia existimantium, extinctum esse legatum, quia in eam causam pervenit, a qua incipere non potest.

§ 15. Sed si uxori maritus dotem legaverit, valet legatum, quia plenius est legatum, quam de dote actio. Sed si quam non accepit, dotem legaverit, divi Severus et Antoninus rescripserunt, si quidem simpliciter legaverit, inutile esse legatum : si vero certa pecunia vel certum corpus aut instrumentum dotis in prælegando demonstrata sunt, valere legatum.

Julien, L. 11 *De liberatione :* Si debitor fidejussorem suum ab herede suo liberari jusserit, an fidejussor liberari debeat? Respondit debere. Item quæsitum est, an, quia mandati actione heredes tenerentur, inutile legatum *esset, quemadmodum inutile legatum* est, quod debitor creditori suo legat. Respondit, quoties debitor creditori suo legaret, ita inutile esse legatum, si nihil interesset creditoris, ex testamento potius agere, quam ex pristina obligatione...

Le même, L. 13, même titre : Si creditor debitori, qui se exceptione perpetua tueri poterat, legaverit quod sibi deberet, nullius momenti legatum erit. At si idem debitor creditori legaverit, intellegendum erit exceptionem eum remitti creditori voluisse.

Ulpien, L. 14, même titre : Idem est, et si in diem debitor fuit vel sub condicione.

Le même, L. 28 pr. *De legatis :* Si creditori meo tutus adversus eum exceptione id, quod ei debeo, legem, utile legatum est, quia remissa ei exceptio videtur, sicut Aristo ait, id, quod honoraria actione mihi debetur, si legetur mihi legatum valere, quia civilis mihi datur actio pro honoraria. § 1. Marcellus libro vicesimo octavo putat rem quam ex stipulatu mihi debes si legaveris, utile esse legatum, ut neque Falcidia hoc minuat.

Paul, L. 29, même titre : Sin autem neque modo neque

tempore neque condicione neque loco legatum differatur, inutile est legatum.

Scévola, L. 28 § 13 *De liberatione* : Quidam ita legavit : « *Sempronicæ uxori meæ reddi jubeo ab heredibus meis quinquaginta ea quæ mutua acceperam* (*sine* Mommsen) *chirographo particulatim in negotia mea* : » Quæsitum est, an, si vere debitor uxoris fuerit, fideicommissum constiterit. Respondit, si debita fuissent, nullum esse fideicommissum.

Ulpien, L. 75 § 1 *De legatis* 1 : ... Si quid (*quidquid?*) ego Titio debeo (*cui nihil debeo.* Mommsen) ei legavero quantitate non adjecta, constat nullum esse legatum, cum, si decem quæ Titio debeo, legavero nec quicquam Titio debeam, falsa demonstratio non peremit legatum, ut in legato dotis Julianus respondit.

Paul, L. 25 *De liberatione* : Legavi Titio quod mihi debetur vel adjecta certa quantitate sive specie vel non adjecta, aut ex contrario æque cum distinctione, veluti « *Titio quod ei debeo* » vel ita « *Titio centum quæ ei debeo* : » quæro, an per omnia requirendum putes, an debitum sit. Et plenius rogo quæ ad hæc spectant attingas : cottidiana enim sunt. Respondi : si is, cui Titius debebat, debitum ei remittere voluit, nihil interest, heredem suum jussit ut eum liberaret an prohibeat eum exigere : utroque enim modo liberandus est debitor et utroque casu competit ultro ad liberandum debitori actio. Quodsi etiam centum aureorum vel fundi debiti mentionem fecit, si quidem debitor fuisse probetur, liberandus est : quodsi nihil debeat, poterit dici quasi falsa demonstratione adjecta etiam peti quod comprehensum est posse. Sed [5] poterit hoc dici si ita legavit : « *centum aureos, quos mihi debet* » vel « *Stichum, quem debet, heres meus damnas esto non petere.* » Quodsi sic dixit : « *Heres meus centum aureos, quos mihi Titius*

---

[5] Texte évidemment corrompu. MOMMSEN : à la place de la phrase qui précède, après *quod si nihil debeat*, il faudrait mettre les mots : *inutile legatum est, certe poterit hoc dici, si ita legavit*, etc.

debet, damnas esto ei dare », etiam illud temptari poterit, ut petere possit quasi falsa demonstratione adjecta : quod mihi nequaquam placet, cum dandi verbum ad debitum referre se testator existimaverit. Contra autem si debitor creditori leget, nullam utilitatem video, si sine quantitate leget. Sed et si id demonstret, quod debere se confitetur, nulla utilitas est nisi in his speciebus, in quibus emolumentum debiti ampliatur. Quod (*qua re?*) si centum aureos, quos se debere dixit, legavit, si quidem debet, inutile est legatum, quod si non fuit debitor, placuit utile esse legatum : certa enim nummorum quantitas similis est Sticho legato cum demonstratione falsa : idque et divus Pius rescripsit certa pecunia dotis acceptæ nomine legata.

Ulpien, L. 1 pr. *De dote prælegata :* Cum dos relegatur, verum est id dotis legato inesse, quod actione de dote inerat. § 2. Et verum est commodum in dote relegata esse repræsentationis, quamvis annua die dos præstaretur... § 5. Adeo autem dotis actionem continet dotis relegatio, ut, si vivus eam uxori (scilicet quibus licet casibus) solverit, cesset legatum.

Labéon (Javolène), L. 6 § 1, même titre : Item ei, quæ dotem nullam habebat, vir ita legaverat : « *quanta pecunia dotis nomine, et reliqua, pro ea quinquaginta heres dato.* » Deberi ei legatum Ofilius, Cascellius, item et Servii auditores rettulerunt : perinde habendum esse ac si servus alicui mortuus aut pro eo centum legata essent. Quod verum est, quia his verbis non dos ipsa, sed pro dote pecunia legata videtur.

§ 70. — *Acceptation et répudiation du legs.*

MAYNZ, § 502-503. ARNDTS, § 554-555. BRINZ, § 221. KELLER, § 572. PUCHTA, § 539. TEWES, § 95. VERING, p. 724-727. WINDSCHEID, § 642-643.

1. Il n'y a pas de légataire forcé. L'appelé est toujours libre de refuser la libéralité qui lui est faite; mais, tant qu'il n'a pas refusé, il est tenu pour acceptant.

L'acceptation ne suppose ni connaissance ni volonté; celui qui est incapable de volonté acquiert aussi bien que le capable.

L'acceptation et la répudiation doivent être totales. Une répudiation partielle vaut acceptation; toutefois, les héritiers d'un légataire mort avant de s'être prononcé peuvent se diviser, de telle sorte que l'un accepte et l'autre refuse.

La répudiation est définitive, sauf restitution en entier. Elle a effet rétroactif. Elle ne peut être que pure et simple. Elle ne peut avoir lieu d'avance; la répudiation prématurée est sans effet, comme celle qui est faite sans connaissance de cause [1].

2. Il y avait controverse entre les sectes touchant la propriété des choses léguées *per vindicationem*. Les Proculiens ne la faisaient dater que de l'acceptation du legs, tandis que selon les Sabiniens, elle passait de plein droit au légataire dès l'adition de l'hérédité, avec rétroaction. C'est la doctrine des Sabiniens que le droit nouveau a consacrée, malgré une constitution d'Antonin le Pieux qui donnait raison aux Proculiens.

Si le légataire répudie, il est considéré comme n'ayant jamais acquis la propriété du legs [2].

---

[1] Controverse. Répudie-t-on valablement à partir du *dies cedens* ou seulement à partir du *dies veniens*? (§ 71.) Il faut se prononcer dans le premier sens. Il y a dès à présent un droit acquis, bien qu'éventuel seulement.

[2] Voyez au § 73 la controverse relative au legs *per vindicationem* conditionnel.

Ce qui est dit de la propriété doit s'entendre aussi *mutatis mutandis* des droits réels.

Gaius, II, 195. Voyez au § 59.

Papinien, L. 77 § 3 *De legatis* 2 : Surdo et muto, qui legatum accipit, ut cum morietur restituat, recte mandatur : nam et ignorantes adstringuntur fideicommisso, quibus ignorantibus emolumentum ex testamento quæritur. — Cf. Alexandre, L. 5 C. *Quando dies legati* VI, 53 (226). Justinien, L. 7 § 7, 9 C. *De curatore furiosi* V, 70 (530).

Pomponius, L. 38 pr. *De legatis* 1 : Legatarius pro parte acquirere, pro parte repudiare legatum non potest : heredes ejus possunt, ut alter eorum partem acquirat, alter repudiet. § 1. Si legatum nobis relictum constituerimus nolle ad nos pertinere, pro eo erit quasi nec legatum quidem sit : et ideo dicimus nec confusas servitutes, si forte prædium mihi legatum prædio meo debuerit servitutes, et integra furti actio manebit, si servus legatus sit ei (*del.*), cujus nomine furti agere poterit legatarius.

Paul, L. 4 *De legatis* 2 : Neminem ejusdem rei legatæ sibi partem velle, partem nolle, verius est.

Le même, L. 5 pr., même titre : Sed duobus legatis relictis, unum quidem repudiare, alterum vero amplecti posse respondetur. § 1. Sed si unum ex legatis onus habeat et hoc repellatur, non idem dicendum est : pone eum, cui decem et Stichus legatus est, rogatum servum manumittere : si Falcidia locum habet, ex decem utriusque legati quarta deducetur. Igitur repudiato servo non evitabitur onus deductionis, sed legatarius ex pecunia duas quartas relinquet.

Le même, L. 6, même titre. *Supra*, § 66.

Pomponius, L. 45 § 1, même titre : Si sub condicione vel ex die certo nobis legatum sit, ante condicionem vel diem certum repudiare non possumus : nam nec pertinet ad nos, antequam dies veniat vel condicio existat.

Julien, L. 101 pr. *De legatis* 1 : Si servo meo Stichus legatus fuerit testamento idque legatum repudiavero, deinde codicillis prolatis apparuerit, mihi quoque eundem Stichum legatum esse : nihilominus eundem vindicare possum.

§ 71. — Dies cedens, dies veniens.

Auteurs cités au précédent paragraphe.

1. On distingue deux moments dans l'acquisition : celui à partir duquel le legs est dû, et celui à partir duquel il peut être exigé. Le premier est appelé *dies cedens*, le second *dies veniens*; ces expressions sont conformes à la terminologie générale en matière de dettes.

2. *Dies cedit* se traduit par : *Le legs est ouvert*. Cela veut dire que le droit au legs existe et fait partie du patrimoine du légataire, et que, par conséquent, celui-ci le transmet à ses héritiers. Pourtant, ce n'est encore qu'un droit éventuel, dont la réalisation dépend de circonstances diverses, en premier lieu de l'acquisition de la succession par l'héritier testamentaire.

Le moment où *dies legati cedit* est celui de la mort du testateur, si le legs est pur et simple; sous la législation caducaire, c'était le moment de l'ouverture du testament, mais Justinien a rétabli l'ancien droit pour les legs comme pour les institutions [1].

Si le legs est conditionnel, le legs est ouvert au moment de l'accomplissement de la condition. Le legs fait à terme certain s'ouvre comme le legs pur et simple; le terme incertain est une condition.

3. Au *dies veniens*, le legs sortit son effet et le légataire peut faire valoir son droit.

---

[1] *Infra*, § 90. *Supra*, § 5.

Dies venit, si le legs est pur et simple, aussitôt que l'héritier a acquis la succession; de même dans le legs conditionnel dont la condition est accomplie, sinon au jour de l'accomplissement. De même, *mutatis mutandis*, pour le legs à terme.

4. Si l'appelé meurt avant l'ouverture, le legs est éteint; s'il meurt après, ses héritiers pourront, le jour venu, exiger le legs comme il l'aurait exigé lui-même.

La transmissibilité aux héritiers est la principale conséquence de l'ouverture du legs, mais ce n'est pas la seule. C'est à ce moment que se détermine à qui profitera le legs fait à une personne sous puissance, et quelles choses sont comprises dans un legs d'universalité.

L'usufruit étant un droit intransmissible, la distinction du *dies cedens* et du *dies veniens* ne paraît pas avoir, dans le legs d'usufruit, de raison d'être suffisante. Il en résulte qu'en cas d'usufruit légué, *dies cedit* seulement au moment où *dies venit*. De même dans les legs d'usage et d'habitation.

Tit. D. *Quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat* XXXVI, 2. *Quando dies ususfructus legati cedat* VII, 3. C. *Quando dies legati vel fideicommissi cedit* VI, 53.

Ulpien, L. 213 pr. *De V. S.* L, 16 : *Cedere diem* significat incipere deberi pecuniam : *venire diem* significat eum diem venisse, quo pecunia peti possit. Ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies : ubi in diem, cessit dies sed nondum venit : ubi sub condicione, neque cessit neque venit dies pendente adhuc condicione.

Le même, XXIV, 31 : Legatorum, quæ pure vel in diem

certum relicta sunt, dies cedit antiquo quidem jure ex mortis tempore testatoris, per legem autem Papiam Poppæam ex apertis tabulis testamenti.

Justinien, L. un. *De caducis tollendis* VI, 51 (534) : § 1... Sancimus, omnes habere licentiam a morte testatoris adire hereditatem, similique modo legatorum vel fideicommissorum pure vel in diem certam relictorum diem a morte testatoris cedere. § 6. Libertatibus procul dubio et post præsentem sanctionem propter sui naturam, quæ aditionem heredis exspectant, ab adita hereditate una cum aliis, quæ servis in testamento manumissis vel aliis legatis relicta sunt, competentibus. Excepto etiam usufructu, qui sui natura ad heredes legatarii transmitti non patitur, quia neque a morte testatoris, neque ab adita hereditate, quantum ad transmissionem, dies ejus cedit... § 7. Sin autem aliquid sub conditione relinquatur vel sub incerta die, exspectare oportet conditionis eventum, sub quo fuerit derelictum, vel diem, ut tunc cedat, quum vel conditio impleatur, vel dies incertus exstiterit.

Ulpien, L. 5 *Quando dies legatorum* : Si post diem legati cedentem legatarius decesserit, ad heredem suum transfert legatum. § 1. Itaque si purum legatum est, ex die mortis dies ejus cedit : si vero post diem sint legata relicta, simili modo atque in puris dies cedit, nisi forte id fuit legatum, quod ad heredem non transit : nam hujus dies non ante cedit, ut puta si ususfructus sit post annum relictus : hanc enim sententiam probamus. § 2. Sed si sub condicione sit legatum relictum, non prius dies legati cedit, quam condicio fuerit impleta; ne quidem si ea sit condicio, quæ in potestate sit legatarii. § 3. Sed si ea condicio fuit, quam prætor remittit, statim dies cedit. § 4. Idemque et in impossibili condicione, quia pro puro hoc legatum habetur. — Le même, L. 4 pr., même titre. *Supra*, § 60.

Scévola, L. 28 *Quando dies legati* : Si fundus instructus relictus erit, quæritur, quemadmodum dari debeat, utrum sicut instructus fuit mortis tempore an eo tempore quo facti sunt codicilli an quo peti cœpit. Respondit ea quibus instructus sit fundus, cum dies legati cedat, deberi.

Ulpien, L. 7 pr., même titre : Heredis aditio moram legati quidem petitioni facit, cessioni diei non facit.

Paul, L. 21 pr., même titre. Voyez § 60.

Ulpien, L. 2, même titre : Si pure sit ususfructus legatus vel usus vel habitatio, neque eorum dies ante aditam hereditatem cedit neque petitio ad heredem transit. Idem etsi ex die sit ususfructus relictus.

Le même, L. 9, même titre : Si habitatio filio familias vel servo legata sit, puto non adquiri domino vel patri legatum, si ante aditam hereditatem filius vel servus decesserit : nam cum personæ cohæreat, recte dicitur ante aditam hereditatem diem non cedere.

Modestin, L. 32 pr. *De legatis* 2 : Omnia, quæ testamentis sine die vel condicione adscribuntur, ex die aditæ hereditatis præstentur.

§ 72. — *Droit d'accroissement entre colégataires.*

Auteurs cités au § 38. — SCHNEIDER, *Das alt-civile und Justinianische Anwachsungsrecht bei Legaten und die caducarischen Bestimmungen der Lex Julia et Papia.* Berlin, 1837. VAN WETTER, *Droit d'accroissement entre colégataires* (mémoire couronné). Bruxelles, 1866. MAYNZ, § 524-526. ARNDTS, § 556, 575. BRINZ, § 221. KELLER, § 587. PUCHTA, § 542. TEWES, § 97. VANGEROW, § 547, 554. VERING, p. 727-730. WINDSCHEID, § 644.

1. Le droit d'accroissement entre colégataires n'est pas fondé, comme entre cohéritiers, sur une nécessité juridique [1], mais uniquement sur la volonté du testateur, manifestée par *conjonction*. Sans conjonction, il n'y a ni colégataires, ni accroissement.

2. Le legs qui n'est pas acquis par le gratifié passe au substitué, et à défaut de substitué, par droit d'ac-

[1] *Supra*, § 1, 38.

croissement, au colégataire. A défaut de colégataire, il reste au grevé.

Si le colégataire est conjoint *re tantum* (*disjunctus*), l'accroissement a lieu de plein droit, mais sans charges, *sine onere*. Pour le conjoint *re et verbis*, l'accroissement est volontaire, mais *cum onere*.

Il n'y a pas d'accroissement en cas de conjonction purement verbale, sauf volonté établie du testateur [2].

Tel est le droit nouveau résultant de la constitution de Justinien *De caducis tollendis*, C. VI, 51.

Le droit de l'époque classique était différent. Le principe de la volonté du testateur y était primé, en grande partie, par les dispositions expresses de la loi *Julia et Papia*. La règle *concursus partes facit* produisait accroissement entre les légataires d'une seule et même chose *per vindicationem* ou *per præceptionem*, tandis que, dans les deux autres espèces de legs, les *caducs* étaient dévolus aux personnes désignées par la loi et de la manière que la loi prescrivait [3].

Gaius II, 199 : Illud constat, si duobus pluribusve per vindicationem eadem res legata sit, sive conjunctim sive disjunctim, et omnes veniant ad legatum, partes ad singulos pertinere et deficientis portionem collegatario adcres-

---

[2] Pour ces différentes *conjonctions*, voyez p. 244-246. La loi *Julia et Papia* admettait la conjonction purement verbale. Les compilateurs ont oublié de modifier le texte de Paul à la L. 89 *De legatis* 3.

[3] Les nombreuses questions que soulève le droit d'accroissement entre colégataires ne peuvent être discutées dans un traité élémentaire. Elles sont exposées et étudiées consciencieusement dans le mémoire couronné de M. Van Wetter.

cere. Conjunctim autem ita legatur : « *Titio et Seio hominem Stichum do lego;* » disjunctim ita : « *L. Titio hominem Stichum do lego, Seio eundem hominem do lego.* » 206. Quod autem diximus deficientis in per damnationem quidem legato in hereditate retineri, in per vindicationem vero collegatario adcrescere, admonendi sumus ante legem Papiam hoc jure civili ita fuisse; post legem vero Papiam deficientis portio caduca fit et ad eos pertinet qui in eo testamento liberos habent. 207. Et quamvis prima causa sit in caducis vindicandis heredum liberos habentium, deinde si heredes liberos non habeant, legatariorum liberos habentium, tamen ipsa lege Papia significatur, ut collegatarius conjunctus, si liberos habeat, potior sit heredibus, etiam si liberos habebunt. 208. Sed plerisque placuit, quantum ad hoc jus quod lege Papia conjunctis constituitur, nihil interesse, utrum per vindicationem an per damnationem legatum sit.

§ 8 J. *De legatis* II, 20 : Si eadem res duobus legata sit, sive conjunctim (id est verbis conjungentibus), sive disjunctim (id est verbis non conjungentibus), si ambo perveniant ad legatum, scinditur inter eos legatum. Si vero alter deficiat, quia aut spreverit legatum aut vivo testatore decesserit aut alio quolibet modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet. Conjunctim autem legatur, veluti si quis dicat : « *Titio et Seio hominem Stichum do lego.* » Disjunctim ita : « *Titio hominem Stichum do lego. Seio Stichum do lego.* » Sed et si expresserit : « *Eundem hominem Stichum,* » æque disjunctim legatum intelligitur.

Justinien, L. un. § 11 C. *De caducis tollendis* VI, 51 (534) : Ubi autem legatarii vel fideicommissarii duo forte vel plures sunt, quibus aliquid relictum sit, si quidem hoc conjunctim relinquatur, et omnes veniant ad legatum, pro sua portione quisque hoc habeat. Sin vero pars quædam ex his deficiat, sancimus, eam omnibus, si habere maluerint, pro virili portione cum omni suo onere accrescere, vel si omnes noluerint, tunc apud eos remanere, a quibus derelictum est; quum vero quidam voluerint, quidam nolue-

rint, volentibus solummodo id totum accrescere. Sin autem disjunctim fuerit relictum, si quidem omnes hoc accipere et potuerint et maluerint, suam quisque partem pro virili portione accipiat, et non sibi blandiantur, ut unus quidem rem, alii autem singuli solidam ejus rei æstimationem accipere desiderent, quum hujusmodi legatariorum avaritiam antiquitas varia mente suscepit, in uno tantummodo genere legati eam accipiens, in aliis respuendam esse existimans, nos autem omnimodo repellimus, unam omnibus naturam legatis et fideicommissis imponentes, et antiquam dissonantiam in unam trahentes concordiam. Hoc autem ita fieri sancimus, nisi testator apertissime et expressim disposuerit, ut uni quidem res solida, aliis autem æstimatio rei, singulis in solidum præstetur. Sin vero non omnes legatarii, quibus separatim res relicta sit, in ejus acquisitionem concurrant, sed unus forte eam accipiat, hæc solida ejus sit, quia sermo testatoris omnibus prima facie solidum assignare videtur, aliis supervenientibus partes a priore abstrahentibus, ut ex aliorum quidem concursu prioris legatum minuatur. Sin vero nemo alius veniat vel venire potuerit, tunc non vacuatur pars, quæ deficit, nec alii accrescit, ut ejus, qui primus accepit, legatum augeri videatur, sed apud ipsum, qui habet, solida res maneat, nullius concursu diminuta. Et ideo si onus fuerit in persona ejus, apud quem remanet legatum, adscriptum, hoc omnimodo impleat, ut voluntati testatoris pareatur. Sin autem ad deficientis personam onus fuerit collatum, hoc non sentiat is, qui non alienum, sed suum legatum imminutum habet. Sed et varietatis non in occulto sit ratio, quum ideo videtur testator disjunctim hæc reliquisse, ut unusquisque suum onus, non alienum agnoscat. Nam si contrarium volebat, nulla erat difficultas conjunctim ea disponere.

Ulpien XXIV, 12 : Si duobus eadem res per vindicationem legata sit, sive conjunctim, velut : « *Titio et Seio hominem Stichum do lego* » (*sive disjunctim, velut :* « Titio hominem Stichum do lego, Seio eundem hominem do lego »), concursu partes fiunt ; non concurrente altero pars ejus jure

civili alteri adcrescebat : sed post legem Papiam Poppæam non capientis pars caduca fit. 13. Si per damnationem eadem res duobus legata sit, si quidem conjunctim, singulis partes debentur (et non capientis jure civili in hereditate remanebat; nunc autem caduca fit); quodsi disjunctim, singulis solidum debetur.

Celse, L. 80 *De legatis* 3. Voyez p. 243.

Ulpien, L. 3 pr. *De usufructu adcrescendo* VII, 2 : Neratius putat cessare jus adcrescendi libro primo Responsorum : cui sententiæ congruit ratio Celsi dicentis, toties jus adcrescendi esse, quoties in duobus, qui eis (*del.*) solidum habuerunt, concursu divisus est.

Papinien, L. 11, même titre : Cum singulis ab heredibus singulis ejusdem rei fructus legatur, fructuarii separati videntur non minus quam si æquis portionibus duobus ejusdem rei fructus legatus fuisset : unde fit, ut inter eos jus adcrescendi non sit.

Ulpien, L. 12, même titre : Cum alius ab alio herede usumfructum vindicet.

Julien, L. 84 § 12 *De legatis* 1 : Quibus ita legatum fuerit : « *Titio et Mævio singulos servos do lego* », constat eos non concursuros in eundem servum, sicuti non concurrunt, cum ita legatur : « *Titio Servum do lego, Mævio alterum servum do lego.* »

Paul, L. 89 *De legatis* 3 : Re conjuncti videntur, non etiam verbis, cum duobus separatim eadem res legatur. Item verbis, non etiam re : « *Titio et Seio fundum æquis partibus do lego* », quoniam semper partes habent legatarii. Præfertur igitur omnimodo ceteris, qui et re et verbis conjunctus est. Quodsi re tantum conjunctus sit, constat, non esse potiorem. Si vero verbis quidem conjunctus sit, re autem non, quæstionis est, an conjunctus potior sit. Et magis est, ut et ipse præferatur.

3. L'accroissement entre colégataires d'usufruit est soumis à certaines règles particulières découlant de la nature de l'usufruit. La mort d'un des colégataires produit accroissement encore après l'acquisition, et celui-là même en peut profiter qui a perdu sa part.

Tit. D. *De usufructu adcrescendo* VII, 2.

Ulpien, L. 1 pr. *De usufructu adcrescendo* : Quotiens ususfructus legatus est, ita inter fructuarios est jus adcrescendi, si conjunctim sit ususfructus relictus : ceterum si separatim unicuique partis rei ususfructus sit relictus, sine dubio jus adcrescendi cessat. § 3. Interdum tamen etsi non sint conjuncti, tamen ususfructus legatus alteri adcrescit : ut puta si mihi fundi ususfructus separatim totius et tibi similiter fuerit relictus. Nam ut et Celsus libro octavo decimo Digestorum et Julianus libro tricensimo quinto scribit, concursu partes habemus : quod et in proprietate contingeret : nam altero repudiante alter totum fundum haberet. Sed in usufructu hoc plus est, quia et constitutus et postea amissus nihilominus jus adcrescendi admittit : omnes enim auctores apud Plautium de hoc consenserunt et, ut Celsus et Julianus eleganter aiunt, ususfructus cottidie constituitur et legatur, non, ut proprietas, eo solo tempore, quo vindicatur. Cum primum itaque non inveniet alter eum (alterum), qui sibi concurrat, solus utetur in totum, nec refert, conjunctim an separatim relinquatur.

Le même, L. 10, même titre : Interdum pars ususfructus et non habenti partem suam, sed amittenti adcrescit : nam si ususfructus duobus fuerit legatus et alter lite contestata (*adversus eum qui se liti optulit*) amiserit usum fructum, mox et collegatarius, qui litem contestatus non erat, usumfructum amisit, partem dimidiam dumtaxat, quam amisit qui litem contestatus est adversus eum qui se liti optulit, a possessore consequitur : pars enim collegatarii ipsi adcrescit, non domino proprietatis : ususfructus enim personæ adcrescit et si fuerit amissus.

§ 73. — *Effet de l'acquisition du legs.*

MAYNZ, § 496, 504-506. ARNDTS, § 558-560. BRINZ, § 222-223. KELLER, *Institutionen*, § 334. *Pandekten*, § 573-574. PUCHTA, § 541-543. TEWES, § 96-98. VANGEROW, § 531. VERING, p. 732-736. WINDSCHEID, § 646-649.

1. Le jour venu, le droit éventuel du légataire se transforme en un droit actuel, lequel est censé dater de l'ouverture, par une rétroaction qui, cependant, ne s'étend point aux fruits de la chose léguée.

Le légataire d'une chose corporelle du testateur en est propriétaire; le légataire d'un droit réel en est titulaire.

Le légataire peut faire valoir son droit contre quiconque. L'aliénation, opérée dans l'entre-temps, de la chose léguée est sans effet; le grevé a aliéné ce qui ne lui appartenait pas.

Si le legs est à terme, le grevé n'avait pas davantage le droit d'aliéner; l'aliénation est également sans effet.

Si le legs est conditionnel, tant que la condition est en suspens, la propriété l'est, en réalité, aussi, tout en appartenant formellement au grevé. Deux éventualités :

Ou bien la condition défaillit. Alors le grevé reste propriétaire. S'il a aliéné, l'aliénation demeure valable.

Ou bien la condition s'accomplit. Il se manifeste alors que c'est le légataire qui est propriétaire, que l'héritier grevé ne l'a jamais été, qu'il n'a donc pas pu aliéner,

que, par conséquent, l'aliénation qu'il a faite est nulle.

Telle était l'ancienne doctrine des Sabiniens dans le legs *per vindicationem*. Justinien l'a sanctionnée [1].

A d'autres points de vue, la condition n'a pas d'effet rétroactif. Les fruits ne sont au légataire qu'à partir de l'accomplissement [2].

Gaius II, 194, 195, 204. Voyez § 59.

Neratius, L. 65 *De furtis* XLVII, 2 : ... Ea, quæ legantur, recta via ab eo qui legavit ad eum cui legata sunt transeunt.

Papinien, L. 80 *De legatis* 2 : Legatum ita dominium rei legatarii facit, ut hereditas heredis res singulas. Quod eo pertinet, ut, si pure res relicta sit, et legatarius non repudiavit defuncti voluntatem, recta via dominium, quod hereditatis fuit, ad legatarium transeat, nunquam factum heredis.

Marcien, L. 15 *De rebus dubiis* XXXIV 5 : Quædam sunt, in quibus res dubia est, sed ex post facto retroducitur et apparet, quid actum est. Ut ecce si res legata fuerit et deliberante legatario eam rem heres alii tradiderit : nam si quidem voluerit legatarius habere legatum, traditio nulla est, si vero repudiaverit, valet. Tantundem est si pecuniam hereditariam legatam crediderit heres : nam si quidem non repudiaverit legatarius, alienam pecuniam credidit, si vero repudiaverit, suam pecuniam credidisse videtur.

Gaius II, 200 : Illud quæritur, quod sub condicione per

---

[1] Les Proculiens tenaient la chose léguée pour *res nullius pendente condicione*.

[2] Je suppose que l'accomplissement a lieu après l'acquisition de l'hérédité ou de l'émolument par le grevé. La rétroactivité de la condition mise à l'institution résulte nécessairement du principe absolu de la continuité de l'hérédité; la rétroactivité dans les conventions est fondée sur la volonté présumée des parties. Aucun de ces motifs n'est applicable au legs.

vindicationem legatum est, pendente condicione cujus esset : nostri præceptores heredis esse putant exemplo statuliberi, id est ejus servi, qui testamento sub aliqua condicione liber esse jussus est, quem constat interea heredis servum esse; sed diversæ scholæ auctores putant nullius interim eam rem esse; quod multo magis dicunt de eo quod (sine condicione) pure legatum est, antequam legatarius admittat legatum.

Ulpien II, 1 : Qui sub condicione testamento liber esse jussus est, statuliber appellatur, quia quamdiu pendet conditio servus heredis, cum extitit statim liber est.

Le même, L. 1 § 4 *De senatusconsulto Silaniano* XXIX, 5 : Servi appellatione etiam hi continentur, qui sub condicione legati sunt, nam medio tempore heredis sunt, nec, quod condicio existens efficit, ut desinant esse heredis, facit ne videantur interim ejus esse.

Julien, L. 86 § 2 *De legatis* 1 : Cum servus legatur, et ipsius servi status et omnium, quæ personam ejus attingunt, in suspenso est. Nam si legatarius reppulerit a se legatum, numquam ejus fuisse videbitur : si non reppulerit, ex die aditæ hereditatis ejus intellegetur. Secundum hanc regulam et de jure eorum, quæ per traditionem servus acceperit aut stipulatus fuerit, deque his, quæ legata ei vel donata fuerunt, statuetur, ut vel heredis vel legatarii servus singula gessisse existimetur.

Gaius, L. 69 pr., même titre : Servo legato legari posse receptum est, quod adita hereditate statim servus adquiritur legatario, deinde sequetur legatum. § 1. Si servum sub condicione legatum heres alienaverit, deinde condicio extiterit, potest nihilominus a legatario vindicari nec extinguitur legatum.

Marcellus, L. 11 § 1 *Quemadmodum servitutes* VIII, 6 : Heres, cum legatus esset fundus sub condicione, imposuit ei servitutes : extinguentur, si legati condicio existat. Videamus, an adquisitæ sequantur legatarium : et magis dicendum est, ut sequantur. — Cf. L. 16, 17 *Quibus modis ususfructus* VII, 4.

Pomponius, L. 105 *De C. et D.* XXXV, 1 : Si fundum a testatore sub condicione legatum heres alii pendente condicione legavit, post existentem condicionem, quæ priori testamento præposita fuerat, neque proprietas a priore legatario recedit nec locum religiosum in eo fundo heres facere nec servitutem imponere poterit : sed et imposita servitus finietur exsistente condicione.

Justinien, L. 3 § 2 C. *Communia de legatis* VI, 43 (531) : ... Nemo itaque ea, quæ per legatum vel pure vel sub certo die relicta sunt, vel quæ restitui aliis disposita sunt, vel substitutioni supposita, secundum veterem dispositionem putet esse in posterum alienanda, vel pignoris vel hypothecæ titulo assignanda, vel mancipia manumittenda, sed sciat, hoc, quod alienum est, non ei licere, ut pote sui matrimonii existens, alieno juri applicare, quia satis absurdum est et irrationabile, rem, quam in suis bonis pure non possidet, eam ad alios posse transferre, vel hypothecæ pignorisve nomine obligare, vel manumittere, et alienam spem decipere. § 3. Sin autem sub conditione vel sub incerta die fuerit relictum legatum vel fideicommissum universitatis vel speciale, vel substitutione, vel restitutione, melius quidem faciet, et si in his casibus caveat ab omni venditione vel hypotheca, ne se gravioribus oneribus evictionis nomine supponat. Sin autem avaritiæ cupidine propter spem conditionis minime implendæ ad venditionem vel hypothecam prosiluerit, sciat, quod conditione impleta ab initio causa in irritum devocetur, et sic intelligenda est, quasi nec scripta nec penitus fuerat celebrata, ut nec usucapio, nec longi temporis præscriptio contra legatarium vel fideicommissario omnis licentia pateat rem vindicare et sibi assignare, nullo obstaculo ei a detentatoribus opponendo.

2. Il est évident que si la chose léguée ou le droit légué n'appartenait pas au testateur, l'acquisition n'en saurait avoir lieu de plein droit. Le *dies veniens* procure au légataire, dans ce cas, seulement le droit per-

sonnel contre le grevé. Le légataire est créancier du grevé. Il poursuit l'exécution de l'obligation ainsi qu'il sera dit au prochain paragraphe [3].

§ 74. — *Actions du légataire.*

Auteurs cités au § 73.

1. Les actions qu'avait le légataire dans l'ancien droit ont été mentionnées à propos des formes et espèces anciennes des legs.

Par suite de la réforme de Justinien, le légataire peut avoir à sa disposition trois actions différentes.

D'abord l'action *legati* ou *ex testamento*, personnelle, de droit strict, fondée sur le quasi-contrat où s'est engagé le grevé par l'acceptation de l'émolument que lui a laissé le testateur. Cette action est générale; tout légataire peut l'intenter pour contraindre le grevé à acquitter le legs. L'ancienne rigueur découlant de la *manus injectio* a disparu, sauf dans le legs *ad pias causas* [1].

En second lieu, la revendication ou la confessoire, pour faire valoir, même contre des tiers, la propriété ou le droit réel acquis; le légataire a, dans ce cas, le choix entre cette action réelle et la première, personnelle; il ne peut pas les cumuler.

---

[3] *Quasi ex contractu. Supra*, § 45.

[1] Lorsque la chose appartenait au testateur, l'*actio legati* tend à la faire livrer, mais non donner dans le sens technique, puisque *quod meum est amplius meum fieri non potest.* Dans tous les autres cas, l'*actio legati* tend *ad dandum.*

Enfin, tout légataire a, pour garantir son legs, une hypothèque légale sur les biens que le grevé a reçus du défunt; il la fait valoir au moyen de l'action hypothécaire.

J'ai déjà dit que les légataires peuvent, comme les créanciers du *De Cujus*, demander la séparation des patrimoines [2].

2. L'action *legati* tend à prestation complète du legs avec accessoires, comme l'a entendu et voulu le testateur, dont la volonté domine et décide dans toute cette matière. Les fruits ne sont dus qu'à partir de la mise en demeure. Ici encore, les legs *pies* sont favorisés; le grevé est en demeure de plein droit six mois après qu'il a eu connaissance de la dernière volonté et il doit alors les fruits à partir de la mort. Le grevé est tenu de toute faute, sauf s'il ne retire aucun profit de l'hérédité. Il est tenu, même sans faute, s'il a rendu la prestation impossible par son fait.

Il a un droit de rétention pour impenses.

Gaius II, 194, 204, 213-214, 219. Voyez § 59.

§ 2 J. *De legatis* II, 20 : ... Nostra autem constitutio, quam cum magna fecimus lucubratione, defunctorum voluntates validiores esse cupientes et non verbis, sed voluntatibus eorum faventes, disposuit, ut omnibus legatis una sit natura, et, quibuscumque verbis aliquid derelictum sit, liceat legatariis id persequi non solum per actionis personales, sed etiam per in rem et per hypothecariam : cujus constitutionis perpensum modum ex ipsius tenore perfectissime accipere possibile est.

---

[2] *Supra*, § 48.

Justinien, L. 1 C. *Communia de legatis et fideicommissis* VI, 43 (529) : Quum hi, qui legatis vel fideicommissis honorati sunt, personalem plerumque actionem habere noscuntur, quis vel vindicationis, vel sinendi modo, aliorumque generum legatorum subtilitatem prono animo admittet, quam posteritas, optimis rationibus usa, nec facile suscepit, nec inextricabiles circuitus laudavit? Qui in rem missionis scrupulosis utatur ambagibus? Rectius igitur esse censemus, in rem quidem missionem penitus aboleri [3], omnibus vero tam legatariis quam fideicommissariis unam naturam imponere, et non solum personalem actionem præstare, sed etiam in rem, quatenus eis liceat eadem res, vel per quodcumque genus legati vel per fideicommissum fuerint derelictæ, vindicare in rem actione instituenda, et insuper utilem Servianam, id est hypothecariam super his, quæ fuerint derelicta, in res mortui præstare. Quum enim jam hoc jure nostro increbuit, licere testatori hypothecam rerum suarum in testamento, quibus voluerit, dare, et iterum novellæ constitutiones in multis casibus et tacitas hypothecas introduxerunt, non ab re est, etiam nos in præsenti casu hypothecariam donare, quæ et nullo verbo præcedente possit ab ipsa lege indici. Si enim testator ideo legata vel fideicommissa dereliquit, ut omnimodo personæ ab eo honoratæ ea percipiant, apparet, ex ejus voluntate etiam præfatas actiones contra res testatoris esse instituendas, ut omnibus modis voluntati ejus satis fiat, et præcipue cum talia sint legata vel fideicommissa, quæ piis actibus sunt deputata. Et hæc disponimus, non tantum si ab herede fuerit legatum derelictum vel fideicommissum, sed et si a legatario vel fideicommissario vel alia persona, quam gravare fideicommisso possumus, fideicommissum

---

[3] Quelle est cette *missio in rem* que Justinien déclare abolir? Ce n'est pas, comme on l'a cru, la *missio Antoniniana*, dont il sera question plus loin. Il est probable que c'était une institution propre aux fidéicommis, dont on croit voir la trace dans les Sentences de Paul IV, 1 § 15, et aussi dans la loi 89 § 7 *De legatis* II (XXXI). VANGEROW § 532.

cuidam relinquatur. Quum enim non aliter valeat, nisi aliquid lucri afferat ei, a quo derelictum est, nihil est grave, etiam adversus eum non tantum personalem, sed etiam in rem et hypothecariam extendere actionem in rebus, quas a testatore consecutus est. In omnibus autem hujusmodi casibus in tantum et hypothecaria unumquemque conveniri volumus, in quantum personalis actio adversus eum competit, et hypothecam esse non ipsius heredis vel alterius personæ, quæ gravata est fideicommisso, rerum, sed tantum modo earum, quæ a testatore ad eum pervenerint.

§ 7 J. *De obligationibus quasi ex contractu* III, 27 (28) : Ex quibusdam tamen causis repeti non potest, quod per errorem non debitum solutum sit. Namque definiverunt veteres, ex quibus causis infitiando lis crescit, ex his causis non debitum solutum repeti non posse, veluti ex lege Aquilia, item ex legato. Quod veteres quidem in his legatis locum habere voluerunt, quæ certa constituta per damnationem cuicumque fuerant legata : nostra autem constitutio cum unam naturam omnibus legatis et fideicommissis indulsit, hujusmodi augmentum in omnibus legatis et fideicommissis extendi voluit : sed non omnibus legatariis præbuit, sed tantummodo in his legatis et fideicommissis quæ sacrosanctis ecclesiis ceterisque venerabilibus locis, quæ religionis vel pietatis intuitu honorificantur, derelicta sunt, quæ si indebita solvantur, non repetuntur.

Justinien, L. 46 § 7 C. *De Episcopis* I, 3 : Ut autem adhuc majore metu teneantur heredes morientium, vel harum rerum faciendarum onere gravati, ne ea facere differant, et hoc sancimus, ut, si a Dei amantissimis episcopis conventi his rebus honorati in mora perseveraverint, ita ut præsidum exactione opus fuerit, confestim non solum simplum, quod relictum est, sed omnino duplum exigatur.

Julien, L. 84 § 13 *De legatis* 1 : Si is cui legatum fuerat, antequam constituerit qua actione uti vellet, decessit duobus heredibus relictis, legatum accipere simul venientes, nisi consenserint, non possunt : quare, quamdiu alter rem

vindicare vult, alter in personam agere non potest. Sed si consenserint, rem communiter habebunt : consentire autem vel sua sponte debent vel judice imminente.

Paul, L. 85, même titre : Duobus conjunctim fundus erat legatus : alter ex his partis æstimationem per actionem personalem abstulit. Alter, si fundum totum vindicare velit, exceptione doli pro parte dimidia repellitur, quia defunctus semel ad eos legatum pervenire voluit.

Papinien, L. 4 § 1 *De separationibus* XLII, 6. — Julien, L. 6, même titre. *Supra*, p. 291-292.

Ulpien, L. 11 § 17 *De legatis* 3 : Ex his apparet, cum per fideicommissum aliquid relinquitur, ipsum præstandum quod relictum est : cum vero ipsum præstari non potest, æstimationem esse præstandam.

Le même, L. 44 § 9 *De legatis* 1 : Si duos fundos habens testator alterius mihi usumfructum, alterum Titio leget, aditum mihi legatarius non debebit : sed heres cogitur redimere aditum et præstare.

Florentin, L. 116 § 4, même titre : Fundus legatus talis dari debet, qualis relictus est. Itaque sive ipse fundo heredis servitutem debuit sive ei fundus heredis, licet confusione dominii servitus exstincta sit, pristinum jus restituendum est. Et nisi legatarius imponi servitutem patiatur, petenti ei legatum exceptio doli mali opponetur : si vero fundo legato servitus non restituetur, actio ex testamento superest.

Septime Sévère et Caracalla, L. 1 C. *De usuris et fructibus legatorum* VI, 47 (199) : Legatorum seu fideicommissorum usuras ex eo tempore, quo lis contestata est, exigi posse manifestum est. Sed et fructus rerum et mercedes servorum, qui ex testamento debentur, similiter præstari solent.

Gordien, L. 4, même titre (239) : In legatis et fideicommissis fructus post litis contestationem, non ex die mortis sequuntur ; sive in rem sive in personam agatur.

Ulpien, L. 19 pr. *Ad Senatusconsultum Trebellianum* XXXVI, 1 : In fideicommissaria hereditatis restitutione

constat, non venire fructus, nisi mora facta est aut cum quis specialiter fuerit rogatus et fructus restituere.

Papinien, L. 15 § 6 *Ad legem Falcidiam* XXXV, 2 : Fructus prædiorum sub condicione verbis fideicommissi relictos, in causam fideicommissi non deductos, heres in ratione Falcidiæ sic accepto facere sibi cogitur, ut quartam et quartæ fructus ex die mortis bonorum, quæ mortis tempore fuerunt, habeat.

Paul, L. 26 *De legatis* 3 : Is qui fideicommissum debet post moram non tantum fructus, sed etiam omne damnum, quo adfectus est fideicommissarius, præstare cogitur.

Papinien, L. 3 pr. *De usuris* XXII, 1. Le même, L. 78 § 2 *De legatis* 2 : Etiam res publica fideicommissi post moram usuras præstare cogitur...

Paul, L. 84, même titre : ... Si mora fiat præstandæ libertati, etiam fideicommisso moram videri factam et usurarum onus accedere : nam et cetera quæ medio tempore adquisiit domino, dum moratur præstare libertatem, eidem restitui oportere rectissime responsum est.

§ 19 J. *De actionibus* IV, 6 : Mixta est actio contra eos qui relicta sacrosanctis ecclesiis vel aliis venerabilibus locis legati vel fideicommissi nomine dare distulerint usque adeo, ut etiam in judicium vocarentur : tunc etenim et ipsam rem vel pecuniam, quæ relicta est, dare compelluntur et aliud tantum pro pœna, et ideo in duplum ejus fit condemnatio. § 23. — Justinien, Novelle CXXXI, chapitre 12 (545).

Ulpien, L. 47 § 4 *De legatis* 1 : Si res aliena vel hereditaria sine culpa heredis perierit, vel non compareat, nihil amplius quam cavere eum oportebit. Sed si culpa heredis res perierit, statim damnandus. § 5. Culpa autem qualiter sit æstimanda, videamus : an non solum ea, quæ dolo proxima sit, verum etiam quæ levis est? An numquid et diligentia quoque exigenda est ab herede? Quod verius est. § 6. Item si fundus chasmate perierit, Labeo ait, utique æstimationem non deberi. Quod ita verum est, si non post moram factum id evenerit. Potuit enim eum acceptum legatarius vendere.

Africain, L. 108 § 12, même titre : Cum quid tibi legatum fideive tuæ commissum sit, si quidem nihil præterea ex testamento capias, dolum malum duntaxat in exigendo eo legato, alioquin etiam culpam te mihi præstare debere existimavit; sicut in contractibus bonæ fidei servatur, ut si quidem utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa, sin unius solius, dolus malus tantummodo præstetur. — Cf. L. 22 § 3 *Ad Senatusconsultum Trebellianum* XXXVI, 1.

Callistrate, L. 63 *De legatis* 2 : Si heres rem legatam ignorans in funus consumpsit, ad exhibendum actione non tenebitur, quia nec possidet nec dolo malo fecit quo minus possideret. Sed per in factum actionem legatario consulitur ut indemnitas ei ab herede præstetur.

Papinien, L. 58 *De legatis* 1 : Domus hereditarias exustas et heredis nummis exstructas ex causa fideicommissi post mortem heredis restituendas viri boni arbitratu sumptuum rationibus deductis et ædificiorum ætatibus (*statibus ?*) examinatis respondi.

Ulpien, L. 59, même titre : Si modo nulla culpa ejus incendium contigisset.

Julien, L. 60, même titre : Quod si nulla retentione facta domum tradidisset, incerti condictio ei competet, quasi plus debito solverit.

Papinien, L. 61, même titre : Sumptus autem in reficienda domu necessarios a legatario factos petenti ei legatum (*necessario factos legatario petenti legatum?*), cujus condicio postea exstitit, non esse reputandos existimavi [4].

[4] Voyez WINDSCHEID, § 647, note 1.

§ 75. — *Caution, envois en possession. Interdit* Quod legatorum.

KNIEP, *De cautione et missione legatorum sive fideicommissorum servandorum causa*. Rostock, 1872. MAYNZ, § 505. ARNDTS, § 561. BRINZ, § 220. KELLER, § 575. *Institutionen*, § 334. PUCHTA, § 543. TEWES, § 99-100. VANGEROW, § 532. VERING, p. 736-744. WINDSCHEID, § 648-649.

1. Lorsque le legs ne doit être acquitté qu'après un laps de temps, le légataire peut exiger du grevé qu'il fournisse caution *legatorum servandorum causa*.

Si le grevé ne peut ou ne veut fournir caution, le légataire se fait envoyer en possession, d'abord des biens de la succession dévolus au grevé, puis, après délai, de tous les biens du grevé, pour se payer sur les fruits. Ce dernier envoi est appelé par les modernes *missio Antoniniana*.

Tit. D. *Ut legatorum* XXXVI, 3. *Ut in possessionem legatorum*, 4. Tit. C. *Ut in possessionem legatorum* VI, 54.

Ulpien, L. 1 pr. *Ut legatorum* : Legatorum nomine satisdari oportere prætor putavit, ut, quibus testator dari fierive voluit, his diebus detur vel fiat, dolumque malum afuturum stipulentur. § 2. Nec sine ratione hoc prætori visum est, sicuti heres incumbit possessioni bonorum, ita legatarios quoque carere non debere bonis defuncti : sed aut satisdabitur eis, aut, si satis non datur, in possessionem bonorum venire prætor voluit. — L. 4, même titre : Si ex causa fideicommissi sit apud aliquem hereditas nec legatorum satisdat, in possessionem adversus eum legatarius mittitur.

Marc Aurèle, L. 2 C. *Ut in possessionem legatorum* : Ipsis rerum experimentis cognovimus, ad publicam utili-

tatem pertinere, ut satisdationes, quæ voluntatis defunctorum tuendæ gratia in legatis et fideicommissis introductæ sunt, eorumdem voluntate remitti possint. Quocumque enim judicio voluntatis cautio legati vel fideicommissi remitti potest.

Ulpien, L. 1 § 1 *Ut in possessionem* : Non exigit prætor, ut per heredem stet, quominus caveat, sed contentus fuit per legatarium vel fideicommissarium non stare, quominus ei caveatur.

Le même, L. 5 pr., même titre : Is, cui legatorum fidei ve commissorum nomine non cavetur, missus in possessionem numquam pro domino esse incipit. Nec tam possessio rerum ei quam custodia datur : neque enim expellendi heredem jus habet, sed simul cum eo possidere jubetur, ut saltem tædio perpetuæ custodiæ extorqueat heredi cautionem. § 16. Imperator Antoninus Augustus rescripsit certis ex causis etiam in propria bona heredis legatarios et fideicommissarios esse mittendos, si post sex menses, quam aditi pro tribunali fuerint hi, quorum de ea re notio est, in satisfactione cessatum est, unde fructus percepturos, quoad voluntati defunctorum satis fiat. Quod remedium servaretur et adversus eos, qui ex qua causa fideicommisso moram faciunt.

Alexandre Sévère, L. 6 C. *Ut in possessionem* (225) : Certa est forma juridictionis, qua fideicommissi servandi causa in possessionem rerum, quæ in causa hereditaria sunt aut dolo malo esse desierunt, is, cui legati vel fideicommissi nomine satis non datur, mittitur, vel in proprias res heredis, si fideicommisso satis non fit post sex menses, quam peti cœperit, secundum divi Antonini patris mei constitutionem.

2. En vertu d'un principe général, le légataire ne peut se mettre lui-même en possession de la chose léguée. S'il l'a fait néanmoins, l'héritier a, pour se la faire restituer, l'interdit QUOD LEGATORUM, lequel est

adipiscendæ possessionis, s'intente contre le légataire possesseur ou détenteur réel ou fictif, et aussi contre son successeur universel ou particulier.

Tit. D. *Quod legatorum* XLIII, 3.
Tit. C. *Quod legatorum* VIII, 3.
Ulpien, L. 1 pr. *Quod legatorum* : Hoc interdictum volgo QUOD LEGATORUM appellatur. § 1. Est autem et ipsum apiscendæ possessionis. § 2. Et continet hanc causam, ut, quod quis legatorum nomine non ex voluntate heredis occupavit, id restituat heredi. Etenim æquisimum prætori visum est unumquemque non sibi ipsi jus dicere occupatis legatis, sed ab herede petere : redigit igitur ad heredes per hoc interdictum ea, quæ legatorum nomine possidentur, ut perinde legatarii possint eum convenire.

SECTION DEUXIEME.

LE FIDÉICOMMIS.

---

§ 76. — *Notion et histoire.*

MAYNZ, § 497. ARNDTS, § 541. BRINZ, § 207. KELLER, *Institutionen*, § 334. *Pandekten*, § 554. PUCHTA, *Institutionen*, § 322. *Pandekten*, § 452. TEWES, § 82. VANGEROW, § 519. VERING, p. 668-669. WINDSCHEID, § 623.

Dans l'origine, le fidéicommis était une disposition dont l'accomplissement était *commis* ou remis à la *foi* et à l'honneur d'une personne qui est appelée *fiduciaire*. La personne qui doit bénéficier de la disposition est appelée *fidéicommissaire*.

Le fiduciaire était prié par le *De Cujus* de transmettre au fidéicommissaire une part de l'hérédité, ou l'hérédité entière, ou un objet, une somme, de lui procurer un avantage. Ici, dans le principe, nulle contrainte extérieure; l'exécution de cette dernière volonté était pure affaire de conscience. Le fidéicommis restait en dehors du droit. De là, liberté complète pour le fonds et pour la forme, mais aussi absence de garanties de l'exécution.

Cette espèce de disposition répondait évidemment à un besoin né de ces formes si strictes et de ces conditions d'existence si limitées que l'ancien droit imposait soit aux institutions, soit aux legs. Le *De Cujus* pouvait, pour un motif ou pour un autre, ne pas vouloir faire de testament et néanmoins prendre certaines mesures concernant son patrimoine; il pouvait désirer laisser quelque chose à un ami pérégrin, ou encore échapper aux rigueurs des lois *Voconia* ou *Julia et Papia;* ces lois, étant des lois de principe, admettaient une interprétation conforme à leur esprit sans être asservie à leur lettre, et le fait d'y déroger pouvait, dans tel cas donné, ne point paraître coupable. Une grande extension de l'usage des fidéicommis s'est précisément manifestée aux temps qui ont suivi la loi *Julia et Papia*, et il en est résulté des réglementations qui étaient inconnues auparavant.

Auguste, en effet, enjoignit aux consuls de prêter, dans certains cas et après enquête, leur appui au fidéicommissaire pour contraindre le fiduciaire à exécuter le fidéicommis, c'est-à-dire à manciper, céder *in jure,* livrer la chose laissée, etc. Il se forma, dès lors, une juridiction consulaire en matière de fidéicommis, *extra ordinem,* dans l'exercice de laquelle les consuls avaient une grande latitude et suivaient l'analogie des actions de bonne foi. Claude confia les fidéicommis à deux préteurs *ad hoc;* Titus n'en conserva qu'un. En province, les fidéicommis étaient du ressort du gouverneur ou président.

Par une conséquence naturelle de ces innovations,

il se forma une théorie juridique des fidéicommis et l'ancienne liberté fut restreinte.

Tit. J. *De singulis rebus per fideicommissum relictis* II, 24.

Gaius II, 260. Potest autem quisque etiam res singulas per fideicommissum relinquere velut fundum, hominem, vestem, argentum, pecuniam, et vel ipsum heredem rogare, ut alicui restituat, vel legatarium, quamvis a legatario legari non possit. 261. Item potest non solum propria testatoris res per fideicommissum relinqui, sed etiam heredis aut legatarii aut cujuslibet alterius : itaque et legatarius non solum de ea re rogari potest, ut eam alicui restituat quæ ei legata sit, sed etiam de alia, sive ipsius legatarii sive aliena sit : (*sed*) hoc solum observandum est, ne plus quisquam rogetur aliis restituere, quam ipse ex testamento ceperit; nam quod amplius est, inutiliter relinquitur. 262. Cum autem aliena res per fidei-commissum relinquitur, necesse est ei qui rogatus est, aut ipsam redimere et præstare, aut æstimationem ejus solvere, sicut juris est si per damnationem aliena res legata sit : sunt tamen qui putant, si rem per fideicommissum relictam dominus non vendat, extingui fideicommissum; sed aliam esse causam per damnationem legati. 263. Libertas quoque servo per fideicommissum dari potest, ut vel heres rogetur manumittere, vel legatarius.

§ 1 J. *De fideicommissariis hereditatibus* II, 23 : Sciendum itaque est, omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse, quia nemo invitus cogebatur præstare id de quo rogatus erat : quibus enim non poterant hereditates vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum, qui capere ex testamento poterant : et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo juris, sed tantum pudore eorum, qui rogabantur, continebantur. Postea primus divus Augustus semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur,

aut ob insignem quorundam perfidiam jussit consulibus auctoritatem suam interponere. Quod quia justum videbatur et populare erat, paulatim conversum est in assiduam jurisdictionem, tantusque favor eorum factus est, ut paulatim etiam prætor proprius crearetur, qui fideicommissis jus diceret, quem fideicommissarium appellabant.

§ 77. — *Le Codicille.*

DANZ, *De externa codicillorum forma*. Leipzig, 1835. FEIN, *Das Recht der Codicille* (GLUECK, XLIV-XLV), Erlangen, 1851-1853. MAYNZ, § 527. ARNDTS, § 545. BRINZ, § 188 et 210. KELLER, § 555-556. PUCHTA, § 523. TEWES, § 85. VANGEROW, § 526-528. VERING, p. 697-704. WINDSCHEID, § 630.

1. Primitivement, celui qui voulait laisser un fidéicommis s'adressait au fiduciaire par un simple billet, *codicillus* ou *codicilli*, contenant le désir et la prière de l'exaucer, *verbis precativis, non civilibus*, par exemple en ces termes : ROGO, PETO, FIDEI TUÆ COMMITTO. Il pouvait arriver aussi que le *De Cujus* exprimait son vœu de vive voix, ou par signe.

Gaius II, 249 : Verba autem (utilia) fideicommissorum hæc (recte) maximd in usu esse videntur : PETO, ROGO, VOLO FIDEI COMMITTO, quæ proinde firma singula sunt, atque si omnia in unum congesta sint.

Ulpien XXV, *De fideicommissis*. 1. Fideicommissum est, quod non civilibus verbis, sed precative relinquitur, nec ex rigore juris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis. 2. Verba fideicommissorum in usu fere hæc sunt : FIDEI COMMITTO, PETO, VOLO DARI, et similia. 3. Etiam nutu relinqui posse fideicommissum usu receptum est.

Pr. — § 2 J. *De singulis rebus*. § 3. Verba autem fidei-

commissorum hæc maxime in usu habeantur : PETO, ROGO, VOLO, MANDO, FIDEI TUÆ COMMITTO.

Plus tard, par suite des circonstances qui ont été exposées au paragraphe précédent, le codicille prit un caractère officiel, et cela surtout lorsqu'un testateur le mentionnait et s'y référait dans son testament. On en vint, assez naturellement, à admettre qu'un codicille ainsi *confirmé* par testament, pouvait contenir les diverses dispositions de dernière volonté autres que les institutions et les exhérédations, savoir des nominations de tuteur, des affranchissements, des legs; tandis que le codicille non confirmé et le codicille fait ab intestat ne pouvaient contenir que des fidéicommis et des libertés fidéicommissaires. Jamais le codicille n'a pu contenir d'institution[1].

On distingue donc, dans le dernier état du droit, le codicille confirmé par testament du codicille non confirmé, et le codicille *testati* du codicille ab intestat. Le premier est adressé à l'héritier testamentaire, et forme un accessoire du testament, dont il suit le sort; l'autre est adressé à l'héritier légitime et a une existence propre, indépendante[2].

2. Des prescriptions de forme devinrent nécessaires.

---

[1] Il peut cependant contenir le nom de l'héritier lorsque le testateur s'est réservé dans son testament de le faire connaître par codicille. *Supra*, § 16, p. 93, 96.

[2] Le codicille peut être confirmé soit d'avance, soit postérieurement. Si le testateur déclare d'avance ne pas vouloir que l'on tienne compte des codicilles qui présenteront tel ou tel caractère, cette *clause dérogatoire* est nulle. L. 6 § 2 *De jure codicillorum*, transcrite à la page 446.

Constantin requit pour le codicille ab intestat cinq ou sept témoins. Tous les codicilles reçurent une forme légale sous Théodose II qui prescrivit, en 425, unité d'acte, présence de cinq témoins, signature des témoins et du *De Cujus*. Toujours il faut, dans la personne de ce dernier, *testamenti factio activa*[3].

Le codicille peut, d'ailleurs, être nuncupatif. Outre les codicilles privés ordinaires, il y a encore des codicilles publics, et aussi des codicilles extraordinaires ou irréguliers, selon l'analogie des testaments.

Tel est le codicille du droit nouveau : un acte de volonté solennel, ne contenant d'institution ou d'exhérédation ni directement ni indirectement ; cette restriction, cependant, est sujette à une interprétation favorable à l'institution.

Tit. J. *De codicillis* II, 25. Tit. D. *De jure codicillorum* XXIX, 7. Tit. C. *De codicillis* VI, 36.

Pr. J. *De codicillis :* Ante Augusti tempora constat jus codicillorum non fuisse, sed primus Lucius Lentulus, ex cujus persona etiam fideicommissa cœperunt, codicillos introduxit. Nam cum decederet in Africa, scripsit codicillos testamento confirmatos, quibus ab Augusto petiit per fideicommissum, ut faceret aliquid : et cum divus Augustus

---

[3] Le Code autrichien exige pour le codicille les mêmes formalités que pour le testament; la différence consiste seulement dans le fait que le codicille ne contient point d'institution. UNGER, § 56. Le Code prussien ne fait pas non plus de différence de forme, et donne du codicille une définition (I, 12 § 5) qui répond au codicille romain. FOERSTER, § 244. La loi saxonne prescrit des formalités moindres, mais exige confirmation testamentaire. Le Code civil ne connaît plus le codicille, ou plutôt, ainsi que l'a déjà dit POTHIER, parlant des coutumes, le testament du Code n'est autre chose qu'un codicille ab intestat. 967. *Supra*, § 16, p. 91.

voluntatem ejus implesset, deinceps reliqui auctoritatem ejus secuti fideicommissa præstabant et filia Lentuli legata, quæ jure non debebat, solvit. Dicitur Augustus convocasse prudentes, inter quos Trebatium quoque, cujus tunc auctoritas maxima erat, et quæsisse, an possit hoc recipi nec absonans a juris ratione codicillorum usus esset : et Trebatium suasisse Augusto, quod diceret utilissimum et necessarium hoc civibus esse propter magnas et longas peregrinationes, quæ apud veteres fuissent, ubi, si quis testamentum facere non posset, tamen codicillos potest. Post quæ tempora cum et Labeo codicillos fecisset, jam nemini dubium erat, quin codicilli jure optimo admitterentur. § 1. Non tantum autem testamento facto potest quis codicillos facere, sed et intestatus quis decedens fideicommittere codicillis potest. Sed cum ante testamentum factum codicilli facti erant, Papinianus ait, non aliter vires habere, quam si speciali postea voluntate confirmentur. Sed divi Severus et Antoninus rescripserunt, ex his codicillis, qui testamentum præcedant, posse fideicommissum peti, si appareat eum, qui postea testamentum fecerat, a voluntate, quam codicillis expresserat, non recessisse. § 2. Codicillis autem hereditas neque dari neque adimi potest, ne confundatur jus testamentorum et codicillorum, et ideo nec exheredatio scribi. Directo autem hereditas codicillis neque dari neque adimi potest : nam per fideicommissum hereditas codicillis jure relinquitur. Nec condicionem heredi instituto codicillis adjicere neque substituere directo potest. § 3. Codicillos autem etiam plures quis facere potest : et nullam sollemnitatem ordinationis desiderant.

Paul, L. 8 pr. *De jure codicillorum* : Conficiuntur codicilli quatuor modis. Aut enim in futurum confirmantur, aut in præteritum; aut per fideicommissum testamento facto, aut sine testamento.

Papinien, L. 5, même titre : Ante tabulas testamenti codicilli facti non aliter valent, quam si testamento quod postea factum est vel codicillis confirmentur aut voluntas

eorum quocumque judicio retineatur : sed non servabuntur ea, de quibus aliter defunctus novissime judicavit.

Marcien, L. 6, même titre : Divi Severus et Antoninus rescripserunt nihil egisse matrem, quæ, cum pure liberos suos heredes instituerit, condicionem emancipationis codicillis adjicit, quia neque condicionem heredi instituto codicillis adjicere neque substituere directo potest. § 1. Codicillos et plures quis facere potest et ipsius manu neque scribi neque signari necesse est. § 2. Licet in confirmatione codicillorum pater familias adjecerit, ut non alias valere velit quam sua manu signatos et subscriptos, tamen valent facti ab eo codicilli, licet neque ab eo signati neque manu ejus scripti fuerint : nam ea quæ postea geruntur prioribus derogant. § 3. Codicillos is demum facere potest, qui et testamentum facere potest. § 4. Si post testamentum factum mortuo codicillis quis legaverit licet testamento confirmatis, pro non scripto legatum fit.

Tryphonin, L. 12 § 5 *De captivis* XLIX, 15 : Codicilli, si quos in tempore captivitatis scripserit, non creduntur jure suptili confirmati testamento, quod in civitate fecerat. Sed nec fideicommissum ex his peti potest, quia non sunt ab eo facti, qui testamenti factionem habuit. Sed quia merum principium eorum in civitate constituto captivo factum est, id est in testamento confirmatio codicillorum, et is postea reversus est et post liminio jus suum recepit, humanitatis rationi congruum est eos codicillos ita suum effectum habere, quasi in medio nulla captivitas intercessisset.

Julien, L. 2 § 2 *De jure codicillorum* : Codicillorum jus singulare est, ut quæcumque in his scribentur perinde haberentur, ac si in testamento scripta essent.

Le même, L. 3 § 2, même titre : Testamento facto, etiamsi codicilli in eo confirmati non essent, vires tamen ex eo capient. Denique si ex testamento hereditas adita non fuisset, fideicommissum ex hujusmodi codicillis nullius momenti erit.

Paul, L. 16, même titre : Ab intestato factis codicillis relicta etiam postea natus intestati successor debebit :

Quicumque enim ab intestato successerit, locum habent codicilli. Nam unus casus est nec interest qui succedit, dum intestato succedat. Ad testamentum autem quod quoquo tempore fecisset, pertinent codicilli. Et ut manifestius dicam, intestato patre familias mortuo nihil desiderant codicilli, sed vicem testamenti exhibent. Testamento autem facto jus sequuntur ejus.

Constantin, L. 1 C. Theod. *De testamentis et codicillis* IV, 4 (326) : In codicillis, quos testamentum non præcedit, sicut in voluntatibus testamenti, septem testium vel quinque interventum non deesse oportet : sic enim fiet, ut testantium successiones sine aliqua captione serventur.

Théodore II, L. 7 § 2 C. Theod., même titre (424) : ... In omni autem genere testamenti, sive id prætorio jure sive civili consistat seu codicilli conscribantur, sive non scripta voluntas ultima prætendatur, id volumus observari, ut eodem die, quo cœptum quid fuerit, et perfectam sui plenitudinem sortiatur, nihilque ejus in diem alterum differatur. Quod quidem nullam habeat firmitatem, nisi aut septem aut quinque, vel rogati aut qui fortuito venerint, possint testimonium perhibere.

Justinien, L. 28 § 1 C. *De testamentis* VI, 23 (530). *Supra*, § 11, page 64.

3. Justinien a permis d'imposer un fidéicommis sans forme aucune, par injonction directe, orale ou écrite, du *De Cujus* au grevé. Le fidéicommissaire peut déférer sur le fait du fidéicommis le serment au grevé, qui doit jurer ou payer. On appelle cette espèce de fidéicommis *fideicommissum heredi præsenti injunctum*, ou fidéicommis oral ; ni l'une ni l'autre de ces dénominations n'est exacte[4].

[4] Ce mode de faire un fidéicommis existe encore, au moins en partie, dans le droit saxon et aussi dans le Code prussien, lequel permet de disposer sans formalité aucune jusqu'à concurrence du vingtième de la succession. FŒRSTER, § 249.

§ 12 J. *De fideicommissariis hereditatibus* (II, 23) : ... Ex facto, quod Tribonianus, vir excelsus, quæstor sacri palatii, suggessit, constitutionem fecimus, per quam disposuimus : si testator fidei heredis sui commisit, ut vel hereditatem vel speciale fideicommissum restituat, et neque ex scriptura neque ex quinque testium numero, qui in fideicommissis legitimus esse noscitur, res possit manifestari, sed vel pauciores quam quinque, vel nemo penitus testis intervenerit, tunc sive pater heredis sive alius quicumque sit, qui fidem elegit heredis et ab eo aliquid restitui voluerit, si heres perfidia tentus adimplere fidem recusat negando rem ita esse subsecutam, si fideicommissarius jusjurandum ei detulerit, cum prius ipse de calumnia juraverit, necesse eum habere vel jusjurandum subire, quod nihil tale a testatore audivit, vel recusantem ad fideicommissi vel universitatis vel specialis solutionem coartari, ne depereat ultima voluntas testatoris fidei heredis commissa. — Justinien, L. 32 C. *De fideicommissis* VI, 42 (531).

4. Le fidéicommis a pu, de tout temps, être mis dans un testament, et même précéder l'institution.

Ulpien XXV, 8 : Fideicommissum et ante heredis institutionem, et post mortem heredis, et codicillis etiam non confirmatis testamento dari potest, licet ita legari non possit.

§ 78. — *Clause codicillaire.*

ARNDTS, § 546. BRINZ, § 188. KELLER, § 555. PUCHTA, § 534. TEWES, § 86. VANGEROW, § 527. VERING, p. 704-709. WINDSCHEID, § 631.

Le testateur peut déclarer que, si son testament n'est pas valable comme tel, il entend le faire valoir comme codicille.

Pour que cette clause soit efficace, il faut que l'acte

de dernière volonté réunisse au moins les conditions qui sont requises du codicille.

La clause codicillaire ne se sous-entend pas. Elle peut n'être pas expresse[1].

Paul, L. 29 § 1 *Qui testamenta* XXVIII, 1 : Ex his verbis, quæ scripturæ pater familias addidit : Ταύτην τὴν διαθήκην βούλομαι εἶναι κυρίαν ἐπὶ πάσης ἐξουσίας (*hoc testamentum volo esse ratum, quacumque ratione poterit*), videri eum voluisse omnimodo valere ea, quæ reliquit, etiam si intestatus decessisset.

Scévola, L. 88 § 17 *De legatis* 2 : « *L. Titius hoc meum testamentum scripsi sine ullo juris perito, rationem animi mei potius secutus, quam nimiam et miseram diligentiam. Et si minus aliquid legitime minusve perite fecero, pro jure legitimo haberi debet hominis sani voluntas.* » Deinde heredes instituit. Quæsitum est, intestati ejus bonorum possessione petita, an portiones adscriptæ ex causa fideicommissi peti possunt? Respondi secundum ea quæ proponerentur, posse.

Papinien, L. 77 § 23, même titre : Filius matrem heredem scripserat et fideicommissa tabulis data cum jurisjurandi religione præstari rogaverat. Cum testamentum nullo jure factum esset, nihilominus matrem legitimam heredem cogendam præstare fideicommissa respondi : nam enixæ voluntatis preces ad omnem successionis speciem porrectæ videbantur.

Ulpien, L. 1 *De jure codicillorum* : Sæpissime rescriptum est, eum, qui testamentum facere opinatus est nec voluit quasi codicillos id valere, videri nec codicillos fecisse : ideoque quod in illo testamento scriptum est, licet quasi in codicillis poterit valere, tamen non debetur.

---

[1] La clause codicillaire n'a plus de raison d'être en droit prussien, ni même en droit autrichien. Elle est encore en plein usage en droit commun. Elle est sous-entendue en droit vaudois. Code civil vaudois 644.

Papinien, L. 41 § 3 *De vulgari et pupillari substitutione* XXVIII, 6 : Ea scriptura, quam testamentum esse voluit, codicillos non faciet, nisi hoc expressum est.

Théodose, L. 8 § 1 C. *De codicillis* (424) : Illud quoque pari ratione servandum est, ut testator, qui decrevit facere testamentum, si id adimplere nequiverit, intestato videatur esse defunctus. Nec transducere liceat ad fideicommissi interpretationem, veluti ex codicillis, ultimam voluntatem, nisi id ille complexus sit, ut vim etiam codicillorum scriptura debeat obtinere. Illo electionis videlicet jure perdurante, ut qui ex testamento agere voluerit, ad fideicommissum migrare non possit.

§ 79. — *Assimilation du legs et du fidéicommis.*

FELSECKER, *De exæquatione legatorum et fideicommissorum.* Bamberg, 1827. Auteurs cités aux § 76-78.

On voit par ce qui a été dit plus haut que, vers la fin de la période républicaine et au commencement de l'Empire, un abîme séparait le legs du fidéicommis, tant au point de vue de leurs effets qu'au point de vue des conditions requises pour leur existence.

Cet abîme fut comblé peu à peu. En même temps que les règles rigoureuses des legs étaient adoucies, la liberté des fidéicommis fut restreinte. Ces deux espèces si différentes de disposition à cause de mort se rapprochèrent ainsi par degrés.

On étendit aux fidéicommis la loi *Falcidia* et la loi *Julia et Papia*.

Les pérégrins furent déclarés incapables, ainsi que les *incertæ personæ*.

La procédure formulaire disparut; il n'y eut plus qu'une seule manière de poursuivre l'exécution des dispositions à titre particulier.

Les autres différences, dont Gaius donne une liste détaillée, furent effacées soit expressément, soit en vertu de la force des choses, et finalement, par constitution de l'an 531, Justinien supprima toutes celles qui pouvaient subsister encore, faisant participer le legs à la nature libre du fidéicommis et le fidéicommis au plein effet du legs. Il n'y a plus, dans le dernier état du droit, qu'une seule espèce de libéralité à titre particulier faite par acte de dernière volonté; elle jouit des avantages reconnus précédemment aux deux espèces anciennes, et doit être appelée *legs* ou *fidéicommis* indifféremment.

Les titres-livres des Pandectes XXX, XXXI et XXXII sont intitulés : *De legatis et fideicommissis*, le titre du Code VI, 42 : *Communia de legatis et fideicommissis*. Et les compilateurs ont attribué à Ulpien l'assertion suivante qui, dans cette généralité, n'a jamais été sous la plume de l'illustre préfet du prétoire d'Alexandre Sévère : *Per omnia exæquata sunt legata fideicommissis*[1].

Gaius II, 268 : Multum autem differunt ea quæ per fideicommissum relincuntur ab his quæ directo jure legantur. 269. Nam ecce per fideicommissum etiam (*ab herede?*) heredis relinqui potest... 270. Item intestatus moriturus

---

[1] L. 1 *De legatis* 2 XXX. C'est à propos de l'interdit QUOD LEGATORUM que cette identification est ainsi exprimée. Voyez L. 1 *Quod legatorum* XLIII, 3.

potest ab eo ad quem bona ejus pertinent, fideicommissum alicui relinquere, cum alioquin ab eo legari non potest. 270 *a*. *Item legatum codicillis* relictum non aliter valet, quam si a testatore confirmati fuerunt, id est nisi in testamento caverit testator, ut quidquid in codicillis scripserit, id ratum sit; fideicommissum vero etiam non confirmatis codicillis relinqui potest. 271. Item a legatario legari non potest; sed fideicommissum relinqui potest. Quin etiam ab eo quoque, cui per fideicommissum relinquimus, rursus alii per fideicommissum relinquere possumus. 272. Item servo alieno directo libertas dari non potest; sed per fideicommissum potest. 273. Item codicillis nemo heres institui potest neque exheredari, quamvis testamento confirmati sint; at is, qui testamento heres institutus est, potest codicillis rogari ut eam hereditatem alii totam vel ex parte restituat, quamvis testamento codicilli confirmati non sint. 274. Item mulier, quæ ab eo, qui centum milia æris census est, per legem Voconiam heres institui non potest, tamen fideicommisso relictam sibi hereditatem capere potest. 275. Latini quoque, qui hereditates legataque directo jure lege Junia capere prohibentur, ex fideicommisso capere possunt. 276. Item cum senatusconsulto prohibitum sit proprium servum minorem annis XXX liberum et heredem instituere, plerisque placet posse nos jubere liberum esse, cum annorum XXX erit, et rogare ut tunc illi restituatur hereditas. 277. Item quamvis non (*possimus*) post mortem ejus, qui nobis heres extiterit, alium in locum ejus heredem instituere, tamen possumus eum rogare, ut, cum morietur, alii eam hereditatem totam vel ex parte restituat; et quia post mortem quoque heredis fideicommissum dari potest, idem efficere possumus et si ita scripserimus : « *Cum Titius heres meus mortuus erit, volo hereditatem meam ad Publium Mævium pertinere* : » utroque autem modo, tam hoc quam illo, Titius heredem suum obligatum relinquit de fideicommisso restituendo. 278. Præterea legata per formulam petimus : fideicommissa vero Romæ quidem apud consulem vel apud eum prætorem qui præcipue de fidei-

commissis jus dicit, persequimur; in provinciis vero apud præsidem provinciæ. 279. Item de fideicommissis semper in urbe jus dicitur; de legatis vero, cum res aguntur. 280. Fideicommissorum usuræ et fructus debentur, si modo moram solutionis fecerit, qui fideicommissum debebit; legatorum vero usuræ non debentur : idque rescripto divi Hadriani significatur : scio tamen Juliano placuisse in eo legato, quod sinendi modo relinquitur, idem juris esse quod in fideicommissis; quam sententiam et his temporibus magis optinere video. 281. Item legata græce scripta non valent ; fideicommissa vero valent. 282. Item si legatum per damnationem relictum heres infitietur, in duplum cum eo agitur; fideicommissi vero nomine semper in simplum persecutio est. 283. Item (*quod*) quisque ex fideicommisso plus debito per errorem solverit, repetere potest; at id, quod ex causa falsa per damnationem legati plus debito solutum sit, repeti non potest. Idem scilicet juris est de eo (legato), quod non debitum vel ex hac vel ex illa causa per errorem solutum fuerit.

284. Erant etiam aliæ differentiæ, quæ nunc non sunt. 285. Ut ecce peregrini poterant fideicommissa capere : et fere hæc fuit origo fideicommissorum : sed postea id prohibitum est; et nunc ex oratione divi Hadriani senatusconsultum factum est, ut ea fideicommissa fisco vindicarentur. 286. Cælibes quoque qui per legem Juliam hereditates legataque capere prohibentur, olim fideicommissa videbantur capere posse. 286*a*. Item orbi, qui per legem Papiam (ob id quod liberos non habebant) dimidias partes hereditatum legatorumque perdunt, olim solida fideicommissa videbantur capere posse. Sed postea senatusconsulto Pegasiano perinde fideicommissa quoque ac legata hereditatesque capere posse prohibiti sunt eaque translata sunt (*ad eos*), qui testamento liberos habent, aut si nullus liberos habebit, ad populum sicuti juris est in legatis et in hereditatibus, eadem aut simili ex causa (*caduca fiunt*). 287. Item olim incertæ personæ vel postumo alieno per fideicommissum relinqui poterat, quamvis neque heres institui neque legari

ei posset; sed senatusconsulto quod auctore divo Hadriano factum est, idem in fideicommissis quod in legatis hereditatibusque constitutum est. 288. Item pœnæ nomine jam non dubitatur nec per fideicommissum quidem relinqui posse.

Cf. Paul IV, 1. Ulpien, XXV, 6-13.

§ 3 J. *De legatis* II, 20 : ... Cum enim antiquitatem invenimus legata quidem stricte concludentem, fideicommissis autem, quæ ex voluntate magis descendebant defunctorum, pinguiorem naturam indulgentem : necessarium esse duximus omnia legata fideicommissis exæquare, ut nulla sit inter ea differentia, sed quod deest legatis, hoc repleatur ex natura fideicommissorum et, si quid amplius est in legatis, per hoc crescat fideicommissi natura.

Justinien, L. 2 C. *Communia de legatis et fideicommissis* VI, 43 (531) : Omne verbum, significans testatoris legitimum sensum legare vel fideicommittere volentis, utile atque validum est, sive directis verbis, quale est *jubeo* forte, sive precariis utetur testator, quale est *rogo*, *volo*. *mando*, *fideicommitto*, sive juramentum interposuerit, quum et hoc nobis audientibus ventilatum est, testatore quidem dicente Ἐνορκῶ, partibus autem hujusmodi verbum huc atque illuc lacerantibus. Sit igitur, secundum quod diximus, ex omni parte verborum non inefficax voluntas secundum verba legantis vel fideicommittentis, et omnia, quæ naturaliter insunt legatis, ea et fideicommissis inhærere intelligantur, et e contrario quidquid fideicommittitur, hoc intelligatur esse legatum, et si quid tale est, quod non habet natura legatorum, hoc ei ex fideicommisso accommodetur, et sit omnibus perfectus eventus, et ex omnibus nascantur in rem actiones, ex omnibus hypothecariæ, ex omnibus personales. Ubi autem aliquid contrarium in legatis et fideicommissis eveniet, hoc fideicommisso quasi humaniori aggregetur, et secundum ejus dirimatur naturam. Et nemo moriens putet, suam legitimam voluntatem reprobari, sed nostro semper utetur adjutorio, et quemadmodum viventibus providimus, ita et morien-

tibus prospiciatur; et si specialiter legati tantum faciat testator mentionem, hoc et legatum et fideicommissum intelligatur, et si fidei heredis vel legatarii aliquid committatur, hoc et legatum esse videatur. Nos enim non verbis, sed ipsis rebus leges imponimus.

SECTION TROISIÈME.

DES DONATIONS A CAUSE DE MORT ET DES MORTIS CAUSA CAPIONES.

---

§ 80. — *La donation à cause de mort.*

MAYNZ, § 532. ARNDTS, § 589-590. BRINZ, § 102. KELLER, *Institutionen*, § 339. *Pandekten*, § 69. PUCHTA, § 552. TEWES, § 124. VANGEROW, § 561-563. VERING, p. 804-816. WINDSCHEID, § 369, 675-676.

1. On appelle donation à cause de mort une donation qui est faite par acte entre-vifs, mais dont l'efficacité définitive est, par cet acte même, subordonnée à la condition que le donateur mourra avant le donataire.

Voici le cas primitif : Une personne qui est et se sait en péril mortel donne avec l'intention que, si elle en réchappe, la donation sera non avenue.

Ceci a été étendu au cas où une personne donne en se réservant le droit de révoquer sa vie durant, ainsi qu'à tous les cas, en général, où il est entendu que la donation sera résolue par la survie du donateur.

La donation à cause de mort est donc toujours une donation conditionnelle. La condition est la mort du

donateur, soit absolument, soit dans un événement ou péril prévu, *præsens seu imminens periculum;* ce peut être aussi la mort d'un tiers.

La volonté des parties peut être que la donation ait lieu sur-le-champ, mais qu'il y ait restitution en cas de survie; la propriété de la chose donnée est alors transférée au donataire par la tradition, mais la survie du donateur la retransférera à celui-ci de plein droit. La volonté peut être aussi, et c'est le cas proprement dit de la donation à cause de mort, que la donation ne sera effectuée qu'à l'accomplissement de la condition; la mort du donateur fait alors passer de plein droit la propriété au donataire auquel la chose a été livrée; si la mort ne survient pas, le donateur peut revendiquer, ou intenter la *condictio causa data causa non secuta.*

2. La donation à cause de mort est soumise aux règles générales des donations. Elle a lieu par dation réelle, par promesse et stipulation, par libération; il faut toujours le concours des volontés du donataire et du donateur; le principe *præsens præsenti dat* doit toujours être observé. Elle est indépendante de l'hérédité et ne produit jamais de succession universelle. La *testamenti factio activa* n'est pas requise.

D'autre part, la donation à cause de mort est traitée sous maint rapport selon l'analogie du legs. Elle est toujours révocable. Les prescriptions de la loi *Julia et Papia,* de la loi *Falcidia* y sont appliquées; de même, les dispositions touchant la caution mucienne, le droit d'accroissement, l'indignité. Enfin, par une constitution dont la portée est controversée, Justinien a permis

de la faire dans une forme analogue à celle du codicille, et les rédacteurs des Institutes ont pu dire que la donation à cause de mort est presque entièrement assimilée au legs[1].

Tit. D. *De mortis causa donationibus et capionibus* XXXIX, 6. C. *De donationibus mortis causa* VIII, 57. Novelle LXXXVII.

Paul III, 7. *De mortis causa donationibus*. 1. Mortis causa donat, qui ad bellum proficiscitur, et qui navigat, ea scilicet conditione, ut, si reversus fuerit, sibi restituatur; si perierit, penes eum remaneat, cui donavit. 2. Donatio mortis causa cessante valetudine et secuta sanitate (et) pœnitentia etiam revocatur : morte enim tantummodo convalescit.

II, 23 : 1. Mortis causa donatio est, quæ impendentis metu mortis fit, ut ex causa valetudinis, peregrinationis, navigationis vel belli.

Pr. J. *De donationibus* II, 7 : ... Donationum autem duo genera sunt : mortis causa et non mortis causa. § 1. Mortis causa donatio est, quæ propter mortis fit suspicionem, cum quis ita donat, ut, si quid humanius ei contigisset, haberet is qui accepit : sin autem supervixisset qui donavit, reciperet, vel si eum donationis pœnituisset, aut prior decesserit is cui donatum sit. Hæ mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactæ sunt per omnia. Nam cum prudentibus ambiguum fuerat, utrum donationis an legati

---

[1] La donation à cause de mort, pour laquelle l'ordonnance de 1731 prescrivait la forme du testament ou du codicille, est exclue aujourd'hui, en droit français, par l'article 893 du Code Napoléon. ARNTZ, I, 1685-1688. Pour les législations suisses, voyez *Revue de droit international et de législation comparée* IX, 343-344. Le droit prussien traite la donation à cause de mort comme acte entre-vifs, mais permet au donateur de se réserver le droit de révoquer à volonté. FŒRSTER, § 122. Le Code autrichien, au contraire, la traite comme legs. UNGER, § 77.

instar eam obtinere oporteret, et utriusque causæ quædam habebat insignia et alii ad aliud genus eam retrahebant : a nobis constitutum est, ut per omnia fere legatis connumeretur et sic procedat, quemadmodum eam nostra formavit constitutio. Et in summa mortis causa donatio est, cum magis se quis velit habere quam cui donatur, magisque eum cui donat, quam heredem suum : sic et apud Homerum Telemachus donat Piræo. (Marcien, L. 1 pr. *De mortis causa donationibus.*)

Paul, L. 35 § 2 *De mortis causa donationibus :* Sed mortis causa donatio longe differt ab illa vera et absoluta donatione, quæ ita proficiscitur, ut nullo casu revocetur. Etenim ibi, qui donat, illum potius, quam se habere mavult. At is, qui mortis causa donat, se cogitat, atque amore vitæ recepisse potius, quam dedisse mavult. Et hoc est, quare vulgo dicatur : se potius habere vult, quam eum, cui donat, illum deinde potius, quam heredem suum.

Ulpien, L. 2, même titre : Julianus libro septimo decimo Digestorum tres esse species mortis causa donationum ait; unam, quam quis nullo præsentis periculo metu conterritus, sed sola cogitatione mortalitatis donat; aliam esse speciem mortis causa donationis ait, cum quis imminente periculo commotus ita donat, ut statim fiat accipientis; tertium genus esse donationis ait, si quis periculo motus non sic det, ut statim faciat accipientis, sed tunc demum, cum mors fuerit insecuta.

Paul, L. 3, même titre : Mortis causa donare licet, non tantum infirmæ valetudinis causa, sed periculo etiam propinquæ mortis vel ab hoste vel a prædonibus vel ab hominis potentis crudelitate aut odio aut navigationis ineundæ.

Le même, L. 6, même titre : Hæc enim omnia instans periculum demonstrant.

Ulpien, L. 32, même titre : Non videtur perfecta donatio mortis causa facta, antequam mors insequatur.

Marcien, L. 26, même titre : Si qui invicem sibi mortis causa donaverunt pariter decesserunt, neutrius heres repetet, quia neuter alteri supervixisset.

Julien, L. 16, même titre : Mortis causa donatio etiam dum pendet, an convalescere possit donator, revocari potest.

Le même, L. 18, même titre : Mortis causa capimus non tunc solum, cum quis suæ mortis causa, sed et si propter alterius mortem id faciat, veluti si quis filio vel fratre suo moriente donet Mævio ea condicione ut, si convaluerit alteruter eorum, reddatur sibi res, si decesserit, maneat apud Mævium.

Ulpien, L. 29, même titre : Si mortis causa res donata est, et convaluit, qui donavit, videndum, an habeat in rem actionem. Et si quidem quis sic donavit, ut si mors contigisset, tunc haberet, cui donatum est, sine dubio donator poterit rem vindicare; mortuo eo, tunc is, cui donatum est. Si vero sic, ut jam nunc haberet; redderet, si convaluisset vel de prœlio vel peregre rediisset, potest defendi, in rem competere donatori, si quid horum contigisset; interim autem ei, cui donatum est. Sed et si morte præventus sit is, cui donatum est, adhuc quis dabit in rem donatori.

Le même, L. 30, même titre : Qui mortis causa donavit, ipse ex pœnitentia condicionem vel utilem actionem habet.

Paul, L. 35 § 3, même titre : Ergo qui mortis causa donat, qua parte se cogitat, negotium gerit, scilicet ut, cum convaluerit, reddatur sibi. Nec dubitaverunt Cassiani, quin condictione repeti possit, quasi re non secuta, propter hanc rationem, quod ea, quæ dantur, aut ita dantur, ut aliquid facias, aut ut ego aliquid faciam, aut ut Lucius Titius, aut ut aliquid optingat, et in istis condictio sequitur.

Africain, L. 24, même titre : Quod debitori acceptum factum esset mortis causa, si convaluerit donator, etiam tempore liberato ei potest condici.

Marcellus, L. 34, même titre : Mortis causa donatio etiam sic constitui potest, ut quid (*quis?*) stipuletur in annos singulos quoad viveret, scilicet ut post mortem promissoris incipiat exactio.

Marcien, L. 27, même titre : Ubi ita donatur mortis

causa, ut nullo casu revocetur, causa donandi magis est, quam mortis causa donatio. Et ideo perinde haberi debet, atque alia quævis inter vivos donatio. Ideoque inter viros et uxores non valet. Et ideo neque Falcidia locum habet, quasi in mortis causa donatione.

Paul, L. 9, même titre : Omnibus mortis causa capere permittitur, qui scilicet et legata accipere possunt.

Julien, L. 17, même titre : Etsi debitor consilium creditorum fraudandorum non habuisset, avelli res mortis causa ab eo donata debet. Nam cum legata ex testamento ejus, qui solvendo non fuit, omnimodo inutilia sint, possunt videri etiam donationes mortis causa factæ rescindi debere, quia legatorum instar optinent.

Papinien, L. 77 § 1 *De legatis* 2 ; Eorum, quibus mortis causa donatum est, fidei committi quoque tempore potest : quod fideicommissum heredes salva Falcidiæ ratione, quam in his quoque donationibus exemplo legatorum locum habere placuit, præstabunt.

Alexandre, L. 5 *Ad legem Falcidiam* VI, 50 (223) : Si mortis causa immodicas donationes in sororem tuam matrem contulisse probare potes, legis Falcidiæ ratione secundum constitutionem divi Severi, avi mei, uti potes.

Ulpien, L. 37 pr. *De mortis causa donationibus* : Illud generaliter neminisse oportebit, donationes mortis causa factas legatis comparatas : quodcumque igitur in legatis juris est, id in mortis causa donationibus erit accipiendum.

Marcellus, L. 38, même titre : ... Mortis causa donatur quod præsens præsenti dat.

Marcien, L. 25 pr., même titre : Tam is, qui testamentum facit quam qui non facit mortis causa donare potest. § 1. Filius familias qui non potest facere testamentum nec voluntate patris, tamen mortis causa donare patre promittente potest.

Novelle I, chap. 1, § 4 (535) : ... His omnibus obtinentibus, licet non ab herede sed a legatario, aut fideicommissario, aut mortis causa percipiente dari aliquid aut fieri testator voluerit...

Justinien, L. 4 C. *De mortis causa donationibus* (530) : Quum de mortis causa donatione dubitabatur, et alii quidem inter ultimas voluntates eam posuerunt et legatis aggregandam esse censuerunt, alii autem inter donationes, quæ inter vivos consistunt, eam posuerunt, dubietate eorum explosa sancimus, omnes mortis causa donationes, sive juxta mortem facientis fuerint celebratæ, sive longiore cogitatione mortis subsecutæ sunt, actis minime indigere, neque exspectare publicarum personarum præsentiam et ea, quæ super hujusmodi monumentis solent adhiberi. Sed ita res procedat, ut, si quinque testibus præsentibus vel in scriptis vel sine litterarum suppositione aliquis voluerit mortis causa donationem facere, et sine monumentorum accessione res gesta maneat firmitate vallata, et nullam calumniam accipiat, neque propter hoc, quod gesta ei non accesserunt, inefficax esse atque inutilis videatur, et omnes effectus sortiatur, quos ultimæ habent liberalitates, nec ex quacumque parte absimilis eis intelligatur.

§ 81. — Mortis causa capiones.

E. Schlagintweit, *Jahrbücher für Dogmatik*, IV, 1863. Maynz, § 533. Arndts, § 610. Brinz, § 225. Keller, *Institutionen*, § 339. Puchta, § 525. Tewes, § 144. Vering, p. 801-804. Windscheid, § 677.

Pris dans un sens large, non technique, les mots *mortis causa capio* peuvent désigner toute acquisition à cause de mort et comprendre, par conséquent, la donation à cause de mort, l'hérédité, le legs. On s'en sert dans une acception plus étroite pour désigner certains autres cas, dans lesquels la succession est diminuée sans intention libérale directe envers celui qui reçoit.

La règle *præsens præsenti dat* n'y est pas observée; la loi *Falcidia* n'y a pas d'application.

On y range la prestation d'aliments à la femme dans l'envoi en possession du ventre; la prestation faite par

un héritier ou légataire *condicionis implendæ causa;* celle qui est reçue à l'effet de refuser ou d'accepter une hérédité ou un legs[1].

Titres cités au précédent paragraphe.

Marcellus, L. 38 *De mortis causa donationibus :* Inter mortis causa donationem et omnia, quæ mortis causa quis ceperit, est earum rerum differentia : nam mortis causa donatur, quod præsens præsenti dat; et mortis causa capi intellegitur, et quod non cedit in speciem donationis. Et enim cum quis testamento suo Pamphilum servum liberum esse jussit, *si mihi decem dederit,* nihil mihi donassè videbitur; et tamen, si accepero a servo decem, mortis causa accepisse me convenit. Idem accidit, quod (*quando?*) quis sit heres institutus, si mihi decem dederit : nam accipiendo ab eo, qui heres institutus est, condicionis implendæ ejus causa, mortis causa capio.

Ulpien, L. 8 pr., même titre : Qui pretio accepto hereditatem prætermittit, sive ad substitutum perventura sit hereditas, sive ab eo ab intestato successurus, mortis causa capere videtur : nam quidquid propter alicujus mortem obvenit, mortis causa capitur : quam sententiam et Julianus probat et hoc jure utimur. Nam et quod a statu libero condicionis implendæ causa capitur vel a legatario, mortis causa accipitur : et quod pater dedit propter mortem filii vel (cognatus propter mortem) cognati, mortis causa capi Julianus scripsit.

Le même, L. 12, même titre : Si mulier, ventris nomine per calumniam ut in possessionem mitti desideret, pecuniam accepit, forte dum substituto patrocinatur, ut institutum aliqua ratione excludat, mortis causa eam capere Julianus sæpius scribit.

---

[1] On n'y doit pas ranger l'acquisition de ce qui est enlevé à l'indigne (§ 91), ni celle des biens vacants par le fisc (§ 27); ce sont là, en effet, des cas d'hérédité fictive ou réelle. — Cette notion n'offre plus d'intérêt aujourd'hui.

Gaius, L. 31 pr., même titre : Mortis causa capitur, cum propter mortem alicujus capiendi occasio obvenit, exceptis his capiendi figuris, quæ proprio nomine appellantur. Certe enim et qui hereditario aut legati aut fideicommissi jure capit, ex morte alterius nanciscitur capiendi occasionem. Sed quia proprio nomine hæ species capiendi appellantur, ideo ab hac definitione separantur. § 2. Sine donatione autem capitur veluti pecunia, quam legatarius alicui condicionis implendæ gratia numerat, sive extraneus sit qui accepit sive heres. Eodem numero est pecunia, quam quis in hoc accipit, ut vel adeat hereditatem vel non adeat, quique in hoc accipit pecuniam, ut legatum omittat. Sed et dos, quam quis in mulieris mortem a marito stipulatur, capitur sane mortis causa. Rursus id, quod mortis causa donatur, aut in periculum mortis datur, aut cogitationem mortalitatis, quod nos quandoque morituros intellegimus.

CHAPITRE VIII.

L'HÉRÉDITÉ FIDÉICOMMISSAIRE
OU
LE FIDÉICOMMIS UNIVERSEL.

CHAPITRE VIII.

L'HÉRÉDITÉ FIDÉICOMMISSAIRE OU LE FIDÉICOMMIS UNIVERSEL.

§ 82. — *Notion et histoire.*

MAYNZ, § 527-530. ARNDTS, § 580-587. BRINZ, § 224. KELLER, § 588-590. PUCHTA, § 553-554. TEWES, § 82, 116-123. VANGEROW, § 556-559. VERING, p. 780-791. WINDSCHEID, § 662-668.

J'ai supposé généralement, dans la deuxième section du précédent chapitre, un fidéicommis particulier, ayant pour objet une chose ou une somme.

L'objet du fidéicommis peut aussi être l'hérédité même du *De Cujus*.

Le *De Cujus* peut prier ou charger son héritier de remettre à un tiers la succession ou une quote-part de la succession. On a, dans ce cas, un *héritier fiduciaire* en présence d'un *héritier fidéicommissaire*.

C'est là le *fideicommissum hereditatis*, appelé aussi *hereditas fideicommissaria* ou *fidéicommis universel*.

1. La remise ou, selon l'expression romaine, la *restitution* de la succession s'opérait anciennement par vente simulée, *venditio numo uno*.

Le fidéicommis était alors traité selon l'analogie de la vente d'une hérédité acquise[1].

Le fiduciaire restait héritier, conformément à la règle : *Semel heres semper heres*[2].

Mais il transférait au fidéicommissaire les divers droits qui composaient la succession, et des rectifications éventuelles de part et d'autre étaient prévues par des stipulations *emtæ et venditæ hereditatis*.

2. Le sénatusconsulte Trébellien, rendu sous Néron[3], modifia la situation du fidéicommissaire. Par l'effet de la restitution, il se trouva désormais *heredis loco*, comme le possesseur des biens. Les actions héréditaires étaient données *utiliter* à lui et contre lui, tandis qu'elles étaient refusées à l'héritier et contre l'héritier.

Dès lors, le fidéicommissaire était, en réalité, successeur universel du *De Cujus*. La vente pour un denier et les stipulations étaient superflues et tombèrent en désuétude.

3. Un nouveau changement fut opéré par le sénatusconsulte Pégasien, rendu sous Vespasien[4]. Il arrivait fréquemment que le fiduciaire refusait une succession qui ne lui procurait aucun avantage puisqu'il devait la restituer. Pour écarter ce danger, le sénat étendit la loi *Falcidia* aux fidéicommis universels dans la mesure suivante :

---

[1] *Supra*, § 37, p. 239-242.
[2] *Supra*, § 7.
[3] *Introduction historique*, § 127.
[4] *Introduction historique*, même paragraphe.

Le fiduciaire qui accepte la succession volontairement a droit à la quarte falcidie[5]; il est traité alors comme un légataire partiaire[6].

Le fiduciaire qui refuse peut, après enquête, être contraint par le magistrat à faire adition; il perd alors le droit à la quarte.

Le sénatusconsulte Trébellien continua de régir les cas où il n'y avait pas lieu à l'application de la loi *Falcidia*.

Tit. J. *De fideicommissariis hereditatibus* II, 23. D. *Ad Senatusconsultum Trebellianum* XXXVI, 1. *Ad Senatusconsultum Trebellianum.*

Gaius II, 246: Nunc transeamus ad fideicommissa. 247. Et prius de hereditatibus videamus. 248. Imprimis igitur sciendum est, opus esse, ut aliquis heres recto jure instituatur ejusque fidei committatur, ut eam hereditatem alii restituat; alioquin inutile est testamentum, in quo nemo recto jure heres instituitur. 250. Cum igitur scripserimus: (LUCIUS) TITIUS HERES ESTO, possumus adjicere: ROGO TE, LUCI TITI, PETOQUE A TE, UT, CUM PRIMUM POSSIS HEREDITATEM MEAM ADIRE, GAIO SEIO REDDAS RESTITUAS. Possumus autem et de parte restituenda rogare; et liberum est, vel sub condicione vel pure relinquere fideicommissa, vel ex die certa. 251. Restituta autem hereditate is, qui restituit, nihilominus heres permanet; is vero, qui recipit hereditatem, aliquando heredis loco est, aliquando legatarii. 252. Olim autem nec heredis loco erat, nec legatarii, sed potius emptoris: tunc enim in usu erat, ei, cui restituebatur hereditas, nummo uno eam hereditatem dicis causa venire: et quæ stipulationes (*inter venditorem hereditatis et emptorem interponi solent, eædem interponebantur*)

[5] *Supra*, § 61.
[6] *Supra*, § 66.

inter heredem et eum, cui restituebatur hereditas, id est hoc modo : heres quidem stipulabatur ab eo, cui restituebatur hereditas, ut quicquid hereditario nomine condemnatus fuisset, sive quid alias bona fide dedisset, eo nomine indemnis esset, et omnino si quis cum eo hereditario nomine ageret, ut recte defenderetur; ille vero, qui recipiebat hereditatem, invicem stipulabatur, ut si quid ex hereditate ad heredem pervenisset, id sibi restitueretur et ut etiam pateretur, eum hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exequi. 253. Sed posterioribus temporibus Trebellio Maximo et Annæo Seneca consulibus senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut si cui hereditas ex fideicommissi causa restituta sit, actiones, quæ jure civili heredi et in heredem competerent, (*ei*) et in eum darentur, cui ex fideicommisso restituta esset hereditas; post quod senatusconsultum desierunt illæ cautiones in usu haberi : prætor enim utiles actiones ei et in eum, qui recepit hereditatem, quasi heredi et in heredem dare cœpit, eæque in edicto proponuntur. 254. Sed rursus quia heredes scripti, cum aut totam hereditatem aut pæne totam plerumque restituere rogabantur, adire hereditatem ob nullum aut minimum lucrum recusabant, atque ob id extinguebantur fideicommissa, Pegaso et Pusione (*consulibus*) senatus censuit, ut ei, qui rogatus esset hereditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque e lege Falcidia in legatis retinendi jus conceditur; (ex singulis quoque rebus, quæ per fideicommissum relincuntur, eadem retentio permissa est;) per quod senatusconsultum ipse (*heres*) onera hereditaria sustinet; ille autem, qui ex fideicommisso reliquam partem hereditatis recipit, legatarii partiarii loco est, id est ejus legatarii, cui pars bonorum legatur ; quæ species legati partitio vocatur, quia cum herede legatarius partitur hereditatem : unde effectum est, ut quæ solent stipulationes inter heredem et partiarium legatarium interponi, eædem interponantur inter eum, qui ex fideicommissi causa recipit hereditatem, et heredem, id est, ut et lucrum et damnum hereditarium pro rata parte inter eos commune sit. 255.

Ergo si quidem non plus quam dodrantem hereditatis scriptus heres rogatus sit restituere, tum ex Trebelliano senatusconsulto restituitur hereditas, et in utrumque actiones hereditariæ pro rata parte dantur, in heredem quidem jure civili, in eum vero, qui recipit hereditatem, ex senatusconsulto Trebelliano; quamquam heres etiam pro ea parte, quam restituit, heres permanet, eique et in eum solidæ actiones competunt; sed non ulterius oneratur, nec ulterius illi dantur actiones, quam apud eum commodum hereditatis remanet. 256. At si quis plus quam dodrantem vel etiam totam hereditatem restituere rogatus sit, locus est Pegasiano senatusconsulto. 257. Sed is, qui semel adierit hereditatem, si modo sua voluntate adierit, sive retinuerit quartam partem sive noluerit retinere, ipse universa onera hereditaria sustinet : sed quarta quidem retenta quasi partis et pro parte stipulationes interponi debent tamquam inter partiarium legatarium et heredem; si vero totam hereditatem restituerit, ad exemplum emptæ et venditæ hereditatis stipulationes interponendæ sunt. 258. Sed si recuset scriptus heres adire hereditatem ob id, quod dicat, eam sibi suspectam esse quasi damnosam, cavetur Pegasiano senatusconsulto, ut desiderante eo, cui restituere rogatus est, jussu prætoris adeat et restituat, perindeque ei et in eum, qui receperit (*hereditatem*), actiones dentur, ac juris est ex senatusconsulto Trebelliano : quo casu nullis stipulationibus opus est, quia simul et huic, qui restituit, securitas datur, et actiones hereditariæ ei et in eum transferuntur, qui receperit hereditatem. 259. Nihil autem interest, utrum aliquis ex asse heres institutus aut totam hereditatem aut pro parte restituere rogetur, an ex parte heres institutus aut totam eam partem aut partis partem restituere rogetur. Nam et hoc casu de quarta parte ejus partis ratio ex Pegasiano senatusconsulto haberi solet. — Comparez pr. § 6 J. *De fideicommissariis hereditatibus.*

Ulpien, L. 1 § 1 *Ad Senatusconsultum Trebellianum :* Factum est enim senatusconsultum temporibus Neronis, octavo Kalendas Septembres, Annæo Seneca et Trebellio

Maximo consulibus. § 2. Cujus verba hæc sunt : *Cum esset æquissimum, in omnibus fideicommissariis hereditatibus, si qua de his bonis judicia penderent, ex his eos subire, in quos jus fructusque transferetur, potius quam cuique periculosam esse fidem suam : placet, et actiones quæ in heredes heredibusque dari solent, eas neque in eos neque his dari, qui fidei suæ commissum, sicuti rogati essent, restituissent, sed his et in eos, quibus ex testamento fideicommissum restitutum fuisset, quo magis in reliquum confirmentur supremæ defunctorum voluntates.* § 3. Sublata est hoc senatusconsulto dubitatio eorum, qui adire hereditatem recusare seu metu litium seu prætextu metus censuerunt. § 4. Quamquam autem senatus subventum voluit heredibus, subvenit tamen et fideicommissario : nam in eo, quod heredes, si conveniantur, exceptione uti possunt, heredibus subventum est : in eo vero, quod, si agant heredes, repelluntur per exceptionem quodque agendi facultas fideicommissariis competit, procul dubio consultum est fideicommissariis.

Ulpien XXV, 11 : Qui testamento heres institutus est, codicillis etiam non confirmatis rogari potest, ut hereditatem totam vel ex parte alii restituat, quamvis directo heres institui ne quidem confirmatis codicillis possit. 14. Is qui rogatus est alii restituere hereditatem, lege Falcidia locum non habente, quoniam non plus puta quam dodrantem restituere rogatus est, ex Trebelliano senatusconsulto restituit, ut ei et in eum dentur actiones, cui restituta est hereditas. Lege autem Falcidia interveniente, quoniam plus dodrante vel etiam totam hereditatem restituere rogatus est, ex Pegasiano senatusconsulto restituit, ut deducta parte quarta ipsi, qui scriptus est heres, et in ipsum actiones conserventur, is autem qui recipit hereditatem legatarii loco habeatur. 15. Ex Pegasiano senatusconsulto restituta hereditate commoda et incommoda hereditatis communicantur inter heredem et eum, cui reliquæ partes restitutæ sunt, interpositis stipulationibus ad exemplum partis et pro parte stipulationum. Partis autem et pro parte

stipulationes proprie dicuntur, quæ de lucro et damno communicando solent interponi inter heredem et legatum partiarium, id est, cum quo partiri jussus est heres. 16. Si heres damnosam hereditatem dicat, cogitur a prætore adire et restituere totam, ita ut ei et in eum, qui recipit hereditatem, actiones dentur, proinde atque si ex Trebelliano senatusconsulto restituta fuisset, idque ut ita fiat, Pegasiano senatusconsulto cautum.

Paul IV, 2 *De Senatusconsulto Trebelliano*. 3. *De Senatusconsulto Pegasiano*. § 4. Qui totam hereditatem restituit, cum quartam retinere ex Pegasiano debuisset, si non retineat, repetere eam non potest. Nec enim indebitum solvisse videtur, qui plenam fidem defuncto præstare maluit.

3. Le sénatusconsulte Apronien a concédé aux villes la faculté de recevoir des fidéicommis universels[7].

Paul, L. 27 *Ad Senatusconsultum Trebellianum* : Omnibus civitatibus, quæ sub imperio populi Romani sunt, restitui debere et posse hereditatem fideicommissam Apronianum senatusconsultum jubet. Sed et actiones in eas placuit ex Trebelliano transferri : sed municipes ad eas admittuntur.

§ 83. — *Le fidéicommis universel du droit nouveau.*

Auteurs cités au paragraphe précédent.

Justinien a fondu ensemble les dispositions des deux sénatusconsultes en incorporant le Pégasien au Trébellien.

---

[7] *Introduction historique*, § 127.

Dès lors, le fidéicommis universel est régi par les principes suivants :

1. Tout fiduciaire peut être contraint à faire adition, et cela même après avoir répudié.

L'adition forcée, n'ayant d'autre but que l'exécution du fidéicommis, ne doit procurer au fiduciaire ni perte ni gain. Il devra, en conséquence, restituer la succession entière, même si le fidéicommis ne portait que sur une part; il ne profite pas du droit d'accroissement; il n'a pas la quarte falcidie. Le fidéicommissaire qui exige l'adition est obligé de recevoir la succession entière.

Le fiduciaire qui accepte volontairement a droit à la quarte que les canonistes ont appelée, dans ce cas, *quarte trébellianique;* les règles de l'établissement de la quarte et des réductions sont celles qui ont été exposées à propos des legs, sauf quelques modifications provenant de l'*universalité* de ce fidéicommis.

2. Jusqu'à la restitution, le fiduciaire est seul héritier. Il a seul les avantages et les charges de la succession. Les effets de l'adition se produisent. Mais il ne peut pas aliéner, sauf dans certains cas déterminés[1]. Si la restitution doit porter sur la succession entière, il est responsable de sa faute lourde seulement; sinon de la faute légère. Sa demeure produit les effets habituels.

---

[1] Un cas spécial est désigné par le nom de *fideicommissum ejus quod superfuturum est.* L. 25 § 16 *De H. P.* V, 3. L. 70 § 3, L. 71 *De legatis* 1. L. 54, L. 58 § 8 *Ad Senatusconsultum Trebellianum.* Novelle CVIII.

Titres cités au précédent paragraphe. Tit. D. *De fideicommissaria hereditatis petitione* V, 6.

§ 7 J. *De fideicommissariis hereditatibus* : Sed quia stipulationes ex senatusconsulto Pegasiano descendentes et ipsi antiquitati displicuerunt et quibusdam casibus captiosas eas homo excelsi ingenii Papinianus appellat, et nobis in legibus magis simplicitas quam difficultas placet, ideo omnibus nobis suggestis tam similitudinibus quam differentiis utriusque senatusconsulti placuit, exploso senatusconsulto Pegasiano, quod postea supervenit, omnem auctoritatem Trebelliano senatusconsulto præstare, ut ex eo fideicommissariæ hereditates restituantur, sive habeat heres ex voluntate testatoris quartam, sive plus sive minus sive penitus nihil, ut tunc, quando vel nihil vel minus quarta apud eum remaneat, liceat ei vel quartam vel quod deest ex nostra auctoritate retinere vel repetere solutum, quasi ex Trebelliano senatusconsulto pro rata portione actionibus tam in heredem quam in fideicommissarium competentibus. Si vero totam hereditatem sponte restituerit, omnes hereditariæ actiones fideicommissario et adversus eum competunt. Sed etiam id, quod præcipuum Pegasiani senatusconsulti fuerat, ut, quando recusabat heres scriptus sibi datam hereditatem adire, necessitas ei imponeretur totam hereditatem volenti fideicommissario restituere et omnes ad eum et contra eum transire actiones, et hoc transponimus ad senatusconsultum Trebellianum, ut ex hoc solo et necessitas heredi imponatur, si ipso nolente adire fideicommissarius desiderat restitui sibi hereditatem; nullo nec damno nec commodo apud heredem manente. § 9. Si quis una aliqua re deducta sive præcepta, quæ quartam continet, veluti fundo vel alia re, rogatus sit restituere hereditatem, simili modo ex Trebelliano senatusconsulto restitutio fiat, perinde ac si quarta parte retenta rogatus esset reliquam hereditatem restituere. Sed illud interest, quod altero casu, id est cum deducta sive præcepta aliqua re restituitur hereditas, in solidum ex eo senatusconsulto actiones transferuntur et res, quæ

remanet apud heredem, sine ullo onere hereditario apud eum manet quasi ex legato ei adquisita, altero vero casu, id est cum quarta parte retenta rogatus est heres restituere hereditatem et restituit, scindantur actiones et pro dodrante quidem transferantur ad fideicommissarium, pro quadrante remaneant apud heredem. Quin etiam licet in una re, qua deducta aut præcepta restituere aliquis hereditatem rogatus est, maxima pars hereditatis contineatur, æque in solidum transferuntur actiones et secum deliberare debet is, cui restituitur hereditas, an expediat sibi restitui. Eadem scilicet interveniunt et si duabus pluribusve rebus deductis præceptisve restituere hereditatem rogatus sit. Sed et si certa summa deducta præceptave, quæ quartam vel etiam maximam partem hereditatis continet, rogatus sit aliquis hereditatem restituere, idem juris est. Quæ diximus de eo qui ex asse heres institutus est, eadem transferimus et ad eum qui ex parte heres scriptus est.

Ulpien, L. 4 *Ad Senatusconsultum Trebellianum* : Quia poterat fieri, ut heres institutus nolit adire hereditatem veritus, ne damno adficeretur, prospectum est, ut, si fideicommissarius diceret suo periculo adire (adiri? *Meltzer*) et restitui sibi velle, cogatur heres institutus a prætore adire et restituere hereditatem. Quodsi fuerit factum, transeunt actiones ex Trebelliano nec quartæ commodo heres in restitutione utetur : nam cum alieno periculo adierit hereditatem, merito omni commodo arcebitur. Nec interest, solvendo sit hereditas necne : sufficit enim recusari ab herede instituto. Neque illud inquiritur, solvendo sit hereditas an non sit. Opinio enim, vel metus vel color, ejus qui noluit adire hereditatem, inspicitur, non substantia hereditatis, nec immerito : non enim præscribi heredi instituto debet, cur metuat hereditatem adire vel cur nolit, cum variæ sint hominum voluntates : quorundam negotia timentium, quorundam vexationem, quorundam æris alieni cumulum, tametsi locuples videatur hereditas, quorundam offensas vel invidiam : quorundam gratificari volentium his, quibus hereditas relicta est, sine onere tamen suo.

Mécien, L. 7, même titre : ... Sed et salutis ac dignitatis ratio habenda erit : quid enim, si morbo adplicitus (*adflictus?* Brencman) Alexandriæ jussus fuit adire vel nomen vispellionis testatoris ferre? — Cf. Gaius, L. 65 § 7, même titre.

Ulpien, L. 6 § 1, même titre : Meminisse autem oportebit de herede instituto senatum loqui : ideoque tractatum est apud Julianum, ad intestatos locum habeat. Sed est verius eoque jure utimur, ut hoc senatusconsultum ad intestatos quoque pertineat, sive legitimi sive honorarii sint successores. § 3. Si fisco vacantia bona deferantur nec velit bona agnoscere et fideicommissario restituere; æquissimum erit, quasi vindicaverit, sic fiscum restitutionem facere.

Le même, L. 15 pr., même titre : Sed et qui repudiavit hereditatem, cogetur adire et restituere ipsam hereditatem, si justæ causæ allegentur.

Le même, L. 17 § 4, même titre : Si quis heres institutus rogatus fuerit hereditatem non totam, sed partem restituere, vel si duobus restituere sit rogatus et alter ex his velit sibi restitui hereditatem, alter recuset : senatus censuit utroque casu exonerari eum, qui suspectam hereditatem dicit, totamque hereditatem transire ad eum, qui adire cogit.

Julien, L. 28 § 2, même titre : Qui suspectam sibi hereditatem dicit, nullum commodum ex testamento consequetur, quod habiturus non esset, si heres institutus non fuisset aut non adiisset... § 15. Sed si eidem legatum esset sub hac condicione *si heres non esset* et suspectam sibi hereditatem dicat, non aliter cogendus est adire, quam ut legata, quæ sub condicione *si heres non esset* data erant, restituantur, non quidem a coheredibus, ne onerentur, sed ab eo cui restituta fuerit hereditas. Nam sicut explendæ fidei gratia cogendus est adire hereditatem, ita ob id ipsum damno affici non debet.

Papinien, L. 57 § 3, même titre : ... Senatus nihil apud eum ex ea parte, quam dereliquit, voluit relinquere, ut nec Falcidiam exercere possit nec præceptio apud eum relin-

quatur nec substitutio quoque secundarum tabularum ita facta : « *quisquis mihi heres erit, filio meo heres esto,* » eidem daretur.

Ulpien, L. 22 § 3, même titre : Sed enim si quis rogetur restituere hereditatem et vel servi decesserint vel aliæ res perierint, placet non cogi eum reddere quod non habet : culpæ plane reddere rationem, sed ejus quæ dolo proxima est. Et ita Neratius libro primo Responsorum scribit. Sed et si, cum distrahere deberet, non fecit lata culpa, non levi et rebus suis consueta negligentia, hujusmodi rei rationem reddet : sed, et ipse si quem sumtum fecit in res hereditarias, detrahet. Quod si sine facto ejus prolixitate temporis ædes usu adquisitæ sint, æquissimum erit nihil eum præstare, cum culpa careat.

Mécien, L. 75 § 1, même titre : Cum ex Trebelliano senatusconsulto restituitur hereditas, servitutes, quas mutuo prædia heredis et testatoris habent, nihilominus valent.

Paul, L. 61 pr., même titre : ... Respondi : aditione quidem hereditatis confusa obligatio est : videamus autem, ne et pignus liberatum sit sublata naturali obligatione. — Scévola, L. 82, Julien, L. 28 § 11, même titre.

3. La restitution s'opère sans forme aucune, par simple déclaration, ou même tacitement. Dans certains cas, elle peut être réputée faite, de plein droit.

Si le *De Cujus* n'a pas fixé de terme, elle est exigible sur-le-champ. S'il a remis l'époque à laquelle elle doit avoir lieu à la volonté du fiduciaire, celui-ci peut garder la succession sa vie durant.

Ulpien, L. 38 pr. *Ad Senatusconsultum Trebellianum :* Restituta hereditas videtur aut re ipsa, si forte passus est heres possideri res hereditarias vel totas vel aliquas earum hac mente, ut vellet (restituere *et te* suscipere), non si ex alia causa putavit te possidere. Sed et si postea ratum habuit, idem erit dicendum. Sed et si verbo dixit se resti-

tuere, vel per epistulam vel per nuntium restituat, audietur. Sed et si voluntate tua alii restituerit, in te transibunt actiones. Item si alius jussu meo restituit vel ratam habuit restitutionem, transisse actiones videntur.

Justinien, L. 7 § 1 C. *Ad Senatusconsultum Trebellianum* (530) : Quum autem aliquis hereditatem restituere jussus est et dolo malo vel post litem contestatam vel antea sese contumaciter celaverit, vel si suppositus fideicommissariæ restitutioni, antequam restitueret hereditatem, ab hac luce subtractus est nullo herede vel successore existente, vel fideicommissarius, cui restituta est ex senatusconsulto Trebelliano hereditas, alii per fideicommissum restituere jussus fuerit res hereditarias; quemadmodum actionum translatio celebretur in tribus istis casibus, apud veteres dubitabatur. Et Domitius Ulpianus constituendum esse super his putavit. Sancimus itaque, ut ipso jure utiles actiones transferantur.

Scévola, L. 41 § 13 *De legatis* 3 XXXII : Scævola respondit : cum heres scriptus rogatus esset, *cum volet*, alii restituere hereditatem, interim non est compellendus ad fideicommissum. Claudius : post mortem enim utique creditur datum.

Marcellus, L. 46 *Ad Senatusconsultum Trebellianum* : ... Potest tamen evenire, ut restitutionem distulerit heres, veluti si pecuniam ei debuerit defunctus, quam retinere maluit quam petere... Quodsi forte ante hereditatis restitutionem sine herede decesserit libertus, perinde bona ejus creditoribus hereditariis vendere permittendum est, ac si restituta hereditate decessit.

4. Une fois la restitution opérée, le fidéicommissaire est traité en héritier. Il est *heredis loco*. Ou plutôt, il est, par le fait, héritier véritable, tandis que le fiduciaire qui a tout restitué n'a plus que le nom d'héritier, ou le pur droit sans le fait. Le fiduciaire qui n'a dû restituer qu'une partie n'est plus, par le fait,

héritier que pour le reste; le fidéicommissaire est son cohéritier ; il y a lieu entre eux à l'action *familiæ erciscundæ*. Le fiduciaire a contre les créanciers l'exception *restitutæ hereditatis*.

Le fidéicommissaire a l'*hereditatis petitio fideicommissaria*[2]. Il supporte les charges et legs. Il n'a pas droit à la quarte falcidie, mais il peut, s'il subit une réduction, réduire proportionnellement le legs dont il est grevé. Le droit d'accroissement n'a lieu qu'entre fidéicommissaires conjoints.

Julien, L. 28 § 7 *Ad Senatusconsultum Trebellianum* : Qui ex Trebelliano senatusconsulto hereditatem restituit, sive petat a debitoribus hereditariis sive ab eo petatur, exceptione restitutæ hereditatis adjuvari vel summoveri potest. Actiones autem fideicommissario competunt, quas habuit heres eo tempore, quo fideicommissum restituebat. Marcellus : sed eas quoque actiones, quæ sub condicione erant et quarum dies eo tempore non cesserat, fideicommissario competere placet. Sed antequam restitueretur hereditas, exceptione aliqua heres adjuvandus non est : cum hoc minus ex causa fideicommissi sit restituturus. § 11. Si ex Trebelliano hereditatem restituit heres et fructus prædiorum retinet vel ipsa prædia, sive etiam debitor ejus qui testamentum fecit fuerit, necessarium est actionem adversus eum fideicommissario dari. Marcellus : Hoc idem necessario faciendum est, cum parte hereditatis restituta familiæ erciscundæ judicium inter eum qui restituit hereditatem et qui receperit accipietur.

Gaius, L. 65, même titre : Facta in fideicommissarium restitutione statim omnes res in bonis fiunt ejus, cui restituta est hereditas, etsi nondum earum nactus fuerit possessionem.

---

[2] *Supra*, § 50, p. 298.

Mécien, L. 104 *De solutionibus* XLVI, 3 : Ante restitutam hereditatem solutiones et liberationes factæ ab herede ratæ habebuntur.

Ulpien, L. 19 pr., *Ad Senatusconsultum Trebellianum* : In fideicommissaria hereditatis restitutione constat non venire fructus, nisi ... mora facta est aut cum quis specialiter fuerit rogatus et fructus restituere. Plane fructus in quartam imputantur, ut est et rescriptum. § 2. Quotiens quis rogatur, hereditatem restituere, id videtur rogatus reddere, quod fuit hereditatis : fructus autem non hereditati sed ipsis rebus acceptoferuntur. § 3. Si legatum sit heredi relictum et rogatus sit portionem hereditatis restituere, id solum non debere eum restituere, quod a coherede accepit. Ceterum quod a semet ipso ei relictum sit, in fideicommissum cadit : et id divus Marcus decrevit.

Septime Sévère et Caracalla, L. 1 C. *Ad Senatusconsultum Trebellianum* (197) : Si ex senatusconsulto Trebelliano quartam partem hereditatis retinuisti et dodrantem fideicommissario restituisti, quod creditoribus hereditariis pro novem unciis præstiteris, a fideicommissario petere potes.

Philippe, L. 2, même titre (244) : Ad eum, cui ex Trebelliano pars hereditatis restituitur, successionis onera seu legatorum præstationem pro competenti portione spectare, indubitati juris est.

Papinien, L. 57 § 2 *Ad Senatusconsultum Trebellianum* : ... Quartam enim Falcidiæ jure fideicommissarius retinere non potuit...

Ulpien, L. 47 § 1 *Ad legem Falcidiam* XXXV, 2 : Nunquam legatarius vel fideicommissarius, licet ex Trebelliano senatusconsulto restituitur ei hereditas, utitur legis Falcidiæ beneficio. — Cf. L. 43 § 3 *De C. et D.* XXXV, 1. *Supra*, § 61.

5. Les principes généraux des fidéicommis sont applicables au fidéicommis universel.

On peut le laisser en n'importe quels termes, soit

directement soit indirectement, par testament, par codicille ou dans la forme orale; on peut même le laisser tacitement ou implicitement[3].

Tout héritier, même un fidéicommissaire, en peut être grevé; dans ce dernier cas, il y a fidéicommis universel successif[4].

§ 10 J. *De fideicommissariis hereditatibus* : Præterea intestatus quoque moriturus potest rogare eum, ad quem bona sua vel legitimo jure vel honorario pertinere intellegit, ut hereditatem suam totam partemve ejus aut rem aliquam, veluti fundum, hominem, pecuniam, alicui restituat, cum alioquin legata nisi ex testamento non valeant. § 11. Eum quoque, cui aliquid restituitur, potest rogare, ut id rursus alii totum aut pro parte vel etiam aliud aliquid restituat. § 12. *Supra*, § 77.

Ulpien, L. 18 pr., *Ad Senatusconsultum Trebellianum* : Ex facto tractatum est, an per fideicommissum rogari quis possit, ut aliquem heredem faciat. Et senatus censuit, rogari quidem quem, ut aliquem heredem faciat, non posse : verum videri per hoc rogasse, ut hereditatem suam ei restituat, id est, quidquid ex hereditate sua consecutus est ut ei restitueret.

[3] Par exemple, en défendant à l'héritier de tester.

[4] *Supra*, § 58. Le fidéicommis successif et le fidéicommis à restituer à la mort (chiffre 3) constituent la substitution fidéicommissaire du droit moderne, qui est interdite par plusieurs législations, restreinte par d'autres. Code civil, 896 : *Les substitutions sont prohibées*. 897, 1048. ARNTZ I, 1692, 1694-1708. Voyez *supra*, § 20, note 1, où se trouvent les citations relatives au droit prussien et au droit autrichien. Législations suisses, *Revue de droit international et de législation comparée* IX, p. 336.

En droit moderne, le fidéicommissaire est un véritable héritier, dans toute la force du terme, contrairement à la règle romaine de la *perpétuité* (*supra*, § 7). Les Allemands l'appellent *Nacherbe*. Il n'est plus question de la *quarte trébellianique*.

Paul, L. 76 pr., même titre : Qui filium et filiam habebat, testamentum fecit et ita de filia sua caverat : « Ἐντέλλομαί σοι μὴ διατίθεσθαι, πρὶν τέκνα σοι γενέσθαι » (*Mando tibi non testari, donec liberi tibi sint*). Pronuntiavit Imperator fideicommissum ex hac scriptura deberi, quasi per hoc, quod prohibuisset eum testari, petisset, ut fratrem suum heredem faceret : sic enim accipiendam eam scripturam, ac si hereditatem suam rogasset eam restituere.

Papinien, L. 69 pr. *De legatis* 2 XXXI : « *Peto, Luci Titi, contentus sis centum aureis.* » Fideicommissum valere placuit idque rescriptum est...

Marcien, L. 114 § 14 *De legatis* 1 XXX : Divi Severus et Antoninus rescripserunt eos, qui testamento vetant aliquid alienari nec causam exprimunt, propter quam id fieri velint, nisi invenitur persona, cujus respectu hoc a testatore dispositum est, nullius esse momenti scripturam, quasi nudum præceptum reliquerunt, quia talem legem testamento non possunt dicere : quod si liberis aut posteris aut libertis aut heredibus aut aliis personis consulentes ejusmodi voluntatem significarunt, eam servandam esse, sed hæc neque creditoribus neque fisco fraudi esse : nam si heredis propter testatoris creditores bona venierunt, fortunam communem fideicommissarii quoque sequuntur.

Ulpien, L. 1 § 8 *Ad Senatusconsultum Trebellianum* : De illo quæritur, an is, cui ex causa fideicommissi restituta est hereditas ex Trebelliano senatusconsulto, ipse quoque restituendo ex eodem senatusconsulto transferat actiones. Et Julianus scribit, etiam ipsum transferre actiones, quod et Mæcianus probat et nobis placet.

Julien, L. 26 pr., même titre : Quidam ita testamentum scripserat : « *A te, heres, peto fideique tuæ committo, ut, quidquid ex hereditate mea ad te pervenerit, filio meo primo quoque die, aut, si prius quid ei acciderit, matri ejus des reddas.* » Quæritur, cum, antequam adeatur hereditas, puer decesserit, an fideicommissum matri debeatur. Respondi, si puer, antequam dies fideicommissi cedat, decessisset, fideicommissum translatum esse ad matrem, postea

autem quam dies fideicommissi cedit, si decesserit, ad heredem pueri fideicommissum pertinere.

Scévola, L. 80 pr., même titre : Lucius Titius intestato moriturus, cum haberet uxorem et ex ea filiam emancipatam, codicillis hæc verba inseruit : « *Pertinent autem hi codicilli ad uxorem et filiam... Itaque rogo, quidquid aut ego reliquero, aut vos ipsæ habeatis, commune vobis sit : quodsi non ego rogarem, vos pro vestra pietate faceretis.* » Filia intestati patris bonorum possessionem accepit. Quæsitum est, an aliqua pars hereditatis Lucii Titii ex causa fideicommissi a filia matri debeatur. Respondit secundum ea, quæ proponerentur, dimidiam partem deberi, si etiam uxor parata sit, in commune bona sua conferre. § 10. Quæ habebat filium et ex eo nepotem utrosque in mariti potestate, maritum ex asse scripsit heredem ejusque fidei commisit in hæc verba : « *Si Titius maritus meus mihi heres erit, peto fidei ejus committo, quidquid ex hereditate mea ad eum pervenerit, cum mori cœperit, det restituat Gaio filio nostro, ita tamen, ut decem quidem uncias Gaius habeat, duas autem uncias Seius nepos habeat : quod ut fiat, fidei ejus Titi heredis mei committo.* » Pater emancipavit filium, nepotem amisit et superstite filio decessit. Quæsitum est, an priore parte scripturæ universa hereditas patris (*matris*. Schulting) ex causa fideicommissi filio debeatur et illa sequentia verba : « *ita tamen, ut decem uncias filius, duas autem nepos habeat,* » ex voluntate defunctæ ita demum locum haberent, si die fideicommissi cedente filius et nepos eorum in natura essent, cum autem non supervixit ad diem fideicommissi nepos, sequens scriptura cesset? Respondit ea quæ proponerentur ostendere decem dumtaxat uncias filio datas.

6. La constitution de Justinien qui assimile les fidéicommis et les legs, ne concerne que les fidéicommis particuliers. L'hérédité fidéicommissaire n'a pas été atteinte par l'assimilation. On se demande si le

legs de partition subsiste encore sous le régime nouveau comme espèce distincte, ou s'il doit être tenu pour abrogé, sa place étant prise par le fidéicommis universel. Aucune disposition expresse ne nous a été transmise à ce sujet. Mais les Pandectes ne mentionnent le legs de partition que d'une manière incidente et les Institutes en parlent au passé : l'empereur ne l'a donc point traité comme étant actuellement en vigueur. Il est difficile, d'ailleurs, de définir l'utilité qu'on pourrait lui assigner. Je conclus, en conséquence, pour l'abrogation[5].

[5] *Supra*, § 66.

CHAPITRE IX.

NULLITÉ ET INFIRMATION
DES
DERNIÈRES VOLONTÉS.

CHAPITRE IX.

NULLITÉ ET INFIRMATION DES DERNIÈRES VOLONTÉS.

---

§ 84. — *Généralités.*

MUEHLENBRUCH, continuation de GLUECK, XXXVIII-XXXIX. FRANCKE, *Ueber Anerkennung ungültiger letztwilliger Dispositionen. Civilist. Archiv* XIX. — DEDEKIND, *Ueber die Anerkennung ungültiger letztwilliger Anordnungen.* Brunswick, 1872. — MAYNZ, § 476, 521-523. ARNDTS, § 501-503, 550-552. BRINZ, § 186-187, 222-224. DANZ, § 185. KELLER, § 492-497, 583-585. *Institutionen*, § 343. PUCHTA, § 483-484, 522, 588. TEWES, § 49, 89-94. VANGEROW, § 457-460, 545. VERING, p. 453-466, 712-723. WINDSCHEID, § 563-566, 638-641.

1. Lorsque l'acte qui contient les dernières volontés, testament ou codicille, est nul ou infirmé dans son ensemble, les dispositions qui y sont contenues se trouvent, par le fait même et en bloc, nulles ou infirmées.

Il se peut aussi que l'acte même soit valable, mais que telle de ses dispositions ne le soit pas.

J'ai exposé plus haut, soit pour le testament ou codicille, soit pour les principales dispositions qui peuvent y être contenues, les conditions formelles et

matérielles, extrinsèques et intrinsèques, dont l'inobservation entraîne nullité.

En règle générale, ce qui n'est pas *jure factum*, n'existe pas, est nul, *nullum est*[1].

2. Dans plusieurs cas, les jurisconsultes romains disent qu'une disposition, soit institution soit legs, est réputée non écrite, *pro non scripta*.

Telles sont les dispositions inintelligibles; les dispositions captatoires; celles qui sont faites en faveur de personnes déjà décédées ou incapables au moment de la confection du testament; celles qui, valables dans le principe, sont tombées *in eam causam, a qua incipere non poterant;* celles qui sont écrites en contravention au sénatusconsulte Libonien[2].

3. Il reste à traiter, dans les prochains paragraphes, des causes positives d'infirmation, résultant de prescriptions expresses de la loi ou de la volonté du *De Cujus*.

L'infirmation de l'acte de dernière volonté porte le nom de *cassation*, — *testamentum rumpitur*, — outre le cas d'agnation de posthume, lorsqu'elle est produite par la volonté directement agissante (révocatoire) du testateur lui-même[3].

On l'appelle *rescision*, — *testamentum rescinditur*, — lorsqu'elle est provoquée par une personne qui a droit à la succession[4].

---

[1] *Supra*, § 14-20, 28-34, 77.
[2] *Supra*, § 17, 18, 59.
[3] *Infra*, § 85.
[4] Même paragraphe.

Le testament est dit *irritum*, *inefficax*, *inutile*, lorsque le testateur a perdu la *testamenti factio*[5].

Le testament est dit *destitué*, — *destitutum* ou *desertum*, — lorsque personne n'acquiert l'hérédité testamentaire[6].

Tit. J. *Quibus modis testamenta infirmantur* II, 17. Tit. D. *De injusto rupto irrito facto testamento* XXVIII, 3. *De his quæ in testamento delentur, inducuntur, vel inscribuntur* XXVIII, 4. *De his quæ pro non scriptis habentur* XXXIV, 8.

Pr. J. *Quibus modis* : Testamentum jure factum usque eo valet, donec rumpatur irritumve fiat.

Ulpien, L. 1 § 1 *De legatis* 3 : Nihil in testamento valet quotiens ipsum testamentum non valet...

Papinien, L. 1 *De injusto rupto* : Testamentum aut non jure factum dicitur, ubi sollemnia juris defuerunt : aut nullius esse momenti, cum filius qui fuit in patris potestate præteritus est : aut rumpitur alio testamento, ex quo heres existere poterit, vel adgnatione sui heredis : aut in irritum (*inritum ?*) constituitur non adita hereditate.

Alfenus Varus, L. 2 *De his quæ pro non scriptis* : Quæ in testamento scripta essent, neque intellegerentur, quid significarent, ea perinde sunt ac si scripta non essent : reliqua autem per se ipsa valent.

Marcien, L. 3, même titre : Si in metallum damnato quid extra causam alimentorum relictum fuerit, pro non scripto est nec ad fiscum pertinet : nam pœnæ servus est, non Cæsaris : et ita divus Pius rescripsit. § 1. Sed et si post testamentum factum heres institutus vel legatarius in metalla datus sit, ad fiscum non pertinet. § 2. Item si servo alieno quid legatum fuerit et postea a testatore redemptus sit,

---

[5] *Infra*, § 86.

[6] Même paragraphe.

legatum exstinguitur : nam quæ in eam causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur.

Ulpien, L. 4, même titre : Si eo tempore, quo alicui legatum adscribebatur, in rebus humanis non erat, pro non scripto hoc habebitur. § 1. Sed et si in hostium potestate erat, quo testamentum fiebat, neque ab hostibus rediit, pro non scripto erit : et ita Julianus scribit.

4. C'est une règle générale, dont une application sera exposée plus loin, que la disposition vicieuse ou inexistante dans le principe ne peut devenir valable par la suite : *quod initio vitiosum est, tractu temporis* (ou *ex post facto*) *convalescere nequit*[7].

Il se peut, toutefois, que la personne qui est appelée par l'effet d'infirmation de la dernière volonté, reconnaisse volontairement et sciemment cette volonté comme étant valable, de même qu'il se peut que la personne appelée par la dernière volonté en reconnaisse l'invalidité. Pareilles reconnaissances peuvent avoir lieu par convention ou par simple déclaration. On y verra, suivant les cas, soit une renonciation au droit d'attaquer le testament ou la disposition testamentaire, soit une répudiation de l'hérédité.

Paul, L. 29 *De R. J.* L, 17 : Quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.

Javolène, L. 201, même titre : Omnia, quæ ex testamento proficiscuntur, ita statum eventus capiunt, si initium quoque sine vitio ceperint.

Licinnius Rufinus, L. 210, même titre : Quæ ab initio inutilis fuit institutio, ex post facto convalescere non potest.

---

[7] Comparez, *infra*, § 87.

Paul, L. 5 *De his quæ ut indignis* XXXIV, 9 : Post legatum acceptum non tantum licebit falsum arguere testamentum, sed et non jure factum contendere, inofficiosum autem dicere non permittitur. § 1. Ille, qui non jure factum contendit nec optinuit, non repellitur ab eo quod meruit : ergo (*del.*, Mommsen) qui legatum secutus postea falsum dixit, amittere debebit quod consecutus est. De eo vero qui legatum accepit, si neget jure factum esse testamentum, divus Pius ita rescripsit : *Cognati Sophronis licet ab herede instituto acceperant legata, tamen si is ejus condicionis fuerit visus, ut optinere hereditatem non possit, et jure intestati ad eos cognatos pertinet, petere hereditatem ipso jure poterunt. Prohibendi autem sint an non, ex cujusque persona condicione ætate cognita causa a judice constituendum erit.*

Ulpien, L. 3 *De lege Cornelia de falsis* XLVIII, 10 : Qui ignorans falsum esse testamentum, vel hereditatem adiit, vel legatum accepit, vel quoquo modo agnovit, falsum testamentum dicere non prohibetur.

Paul, L. 8 *De H. P.* V, 3 : Legitimam hereditatem vindicare non prohibetur is, qui, cum ignorabat vires testamenti, judicium defuncti secutus est.

Le même, L. 43, même titre : ... Imperator Antoninus rescripsit ei, qui legatum ex testamento abstulisset, causa cognita hereditatis petitionem negandam esse, scilicet si manifesta calumnia sit. — Cf. L. 8 § 10 *De inofficioso* V, 2. L. 14 *De transactionibus* II, 15.

Alexandre, L. 3 C. *Ad legem Corneliam de falsis* IX, 22 (227) : Licet ex tabulis, quas sub nomine patris tui uxorem ejus id est novercam tuam, subrepto vero testamento, falsas protulisse allegas, cum crimen admissum ignorares, legatum adscriptum tibi consecutus sis, tamen non impedieris, accusationem contra eam, impletis solemnibus, instituere.

§ 85. — *De la cassation et révocation, et de la rescision des actes de dernière volonté.*

Auteurs cités au précédent paragraphe.

1. Avant la Novelle CXV, le testament était cassé, *ruptum*, dans les divers cas d'agnation et de quasi-agnation d'héritiers siens. En vertu de la Novelle, les institutions sont seules annulées[1].

Titres cités au précédent paragraphe.

Cicéron, *De oratore* I, 57 : Attamen, quæ causæ sunt ejusmodi, ut de earum jure dubium esse non possit, omnino in judicium vocari non solent. Nam quis ex eo testamento quod pater familias ante fecit, quam ei filius natus esset, hereditatem petit? Nemo; quia constat, agnascendo rumpi testamentum. — *Pro Cæcina* 25.

Gaius II, 138-143. Voyez pages 196, 197.

§ 1 J. *Quibus modis testamenta infirmantur* : Rumpitur autem testamentum, cum in eodem statu manente testatore ipsius testamenti jus vitiatur. Si quis enim post factum testamentum adoptaverit sibi filium per imperatorem eum, qui sui juris est, aut per prætorem secundum nostram constitutionem eum, qui in potestate parentis fuerit, testamentum ejus rumpitur quasi adgnatione sui heredis.

2. Le testateur est toujours libre de changer sa dernière volonté exprimée; aucun engagement ne saurait l'en empêcher[2]. Il peut casser son testament en faisant un testament nouveau. Si ce testament nouveau est nul, l'ancien subsiste, puisqu'un testament nul n'est

---

[1] *Supra*, § 28, 30, 34.

[2] *Supra*, § 4. Il n'en est plus de même selon le droit moderne, qui admet les pactes successoires.

pas un testament; mais si, sans être nul, le testament nouveau est sans effet, par exemple faute d'acceptation, le premier n'en reste pas moins cassé.

Lorsque le second testament était cassé ou anéanti dans l'intention de rétablir par là le premier, le préteur donnait la *bonorum possessio secundum tabulas* conformément à ce premier; de même, lorsque le testament avait été cassé par agnation de posthume et que le posthume était mort avant le testateur.

Au reste, en droit classique déjà, un testament postérieur non encore parfait (*posterius imperfectum*) pouvait suffire pour casser le premier, lorsque les héritiers ab intestat n'étaient pas institués dans celui-ci et l'étaient dans le second[3].

S'il est établi que c'est uniquement par suite d'une erreur de fait que le testateur a remplacé par une autre l'institution du premier testament, par exemple parce qu'il a cru l'institué mort, le premier testament subsiste et le second vaut comme codicille.

Jusqu'à la fin du IIe siècle, le codicille antérieur était cassé par un testament subséquent, si celui-ci ne le confirmait pas. D'après une constitution de Septime Sévère et de Caracalla, le testament postérieur ne casse le codicille que s'il contient une révocation expresse.

Le testament est encore cassé ou révoqué par anéan-

---

[3] Le contenu du testament imparfait devait être, en vertu d'une constitution de Théodose, confirmé par déclaration faite sous serment de cinq témoins. Le testament imparfait est considéré comme codicille ab intestat. Cette matière est controversée.

tissement conscient et volontaire de la part du testateur, mais non par anéantissement fortuit ou du fait d'un tiers.

Honorius avait statué qu'aucun testament ne serait valable après dix ans de date. Justinien, abrogeant cette disposition arbitraire, a permis de révoquer, après dix ans, par un acte formel, exprès, devant témoins. Une simple déclaration du testateur est sans force révocatoire, à moins qu'il ne soit militaire.

Le codicille est révoqué par simple déclaration, *nuda voluntate*.

Ulpien, L. 32 § 3 *De donationibus inter V. et U.* XXIV, 1 : Pœnitentiam accipere debemus supremam. Proinde si uxori donavit, deinde eum pœnituit, mox desiit pœnitere, dicendum est donationem valere, ut supremum ejus spectemus judicium; quemadmodum circa fideicommissa solemus vel in legatis, cum de doli exceptione opposita tractamus, ut sit ambulatoria voluntas ejus usque ad vitæ supremum exitum. Cf. L. 4 *De adimendis* XXXIV, 4.

Papinien, L. 52 § 9 *Pro socio* XVII, 2. Voyez page 21.

Hermogénien, L. 22 pr. *De legatis* 3 : ... Suprema voluntas potior habetur. Nemo enim eam sibi potest legem dicere, ut a priore ei recedere non liceat.

Marcien, L. 6 § 2 *De jure codicillorum* XXIX, 7 : Ea quæ postea geruntur, prioribus derogant.

Gaius II, 144 : Posteriore quoque testamento quod jure factum est, superius rumpitur; nec interest, an extiterit aliquis ex eo heres, an non extiterit : hoc enim solum spectatur, an existere potuerit; ideoque si quis ex posteriore testamento, quod jure factum est, aut noluerit heres esse, aut vivo testatore, aut post mortem ejus, antequam hereditatem adiret, decesserit, aut per cretionem exclusus fuerit, aut conditione, sub qua heres institutus est, defectus

sit, aut propter cælibatum ex lege Julia summotus fuerit ab hereditate : quibus casibus pater familias intestatus moritur : nam et prius testamentum non valet, ruptum a posteriore, et posterius æque nullas vires habet, cum ex eo nemo heres extiterit.

§ 2 J. *Quibus modis*. § 3 : Sed si quis priore testamento jure perfecto posterius æquo jure fecerit, etiamsi ex certis rebus in eo heredem instituerit, superius testamentum sublatum esse divi Severus et Antoninus rescripserunt. Cujus constitutionis inseri verba jussimus, cum aliud quoque præterea in ea constitutione expressum est. Imperatores Severus et Antoninus Cocceio Campano : *Testamentum secundo loco factum, licet in eo certarum rerum heres scriptus sit, jure valere, perinde ac si rerum mentio facta non esset, sed teneri heredem scriptum, ut contentus rebus sibi datis aut suppleta quarta ex lege Falcidia hereditatem restituat his, qui in priore testamento scripti fuerant, propter inserta verba secundo testamento, quibus ut valeret prius testamentum expressum est, dubitari non oportet*. Et ruptum quidem testamentum hoc modo efficitur. § 7. Ex eo autem solo non potest infirmari testamentum, quod postea testator id noluit valere : usque adeo ut et, si quis post factum prius testamentum posterius facere cœperit et aut mortalitate præventus, aut quia eum ejus rei pœnituit, id non perfecisset, divi Pertinacis oratione cautum est, ne alias tabulæ priores jure factæ irritæ fiant, nisi sequentes jure ordinatæ et perfectæ fuerint. Nam imperfectum testamentum sine dubio nullum est. § 8. Eadem oratione expressit non admissurum se hereditatem ejus, qui litis causa principem heredem reliquerit, neque tabulas non legitime factas, in quibus ipse ob eam causam heres institutus erat, probaturum neque ex nuda voce heredis nomen admissurum neque ex ulla scriptura, cui juris auctoritas desit, aliquid adepturum. Secundum hæc divi quoque Severus et Antoninus sæpissime rescripserunt : *licet enim*, inquiunt, *legibus soluti sumus, attamen legibus vivimus*.

Ulpien, L. 2 *De injusto rupto :* Tunc autem prius testamentum rumpitur, cum posterius rite perfectum est, nisi forte posterius vel jure militari sit factum, vel in eo scriptus est, qui ab intestato venire potest. Tunc enim et posteriore non perfecto superius rumpitur.

Théodose et Valentinien, L. 21 § 3 C. *De testamentis* VI, 23 (439) : Ex imperfecto autem testamento voluntatem tenere defuncti, nisi inter solos liberos parentibus utriusque sexus habeatur, non volumus. Si vero in hujusmodi voluntate liberis alia sit extranea mixta persona, certum est, eam voluntatem, quantum ad illam duntaxat permixtam personam, pro nullo haberi, sed liberis accrescere. § 5. Si quis autem, testamento jure perfecto, postea ad aliud venerit testamentum, non alias, quod ante factum est, infirmari decernimus, quam si id, quod secundo facere testator instituit, jure fuerit consummatum, nisi forte, in priore testamento scriptis his, qui ab intestato ad testatoris hereditatem vel successionem venire non poterant, in secunda voluntate testator eos scribere instituit, qui ab intestato ad ejus hereditatem vocantur. Eo enim casu, licet imperfecta videatur scriptura posterior, infirmato priore testamento, secundam ejus voluntatem, non quasi testamentum, sed quasi voluntatem intestati valere sancimus. In qua voluntate quinque testium juratorum depositiones sufficient; quo non facto, valebit primum testamentum, licet in eo scripti videantur extranei.

Ulpien, L. 11 *De injusto rupto :* Si binæ tabulæ proferantur, diversis temporibus factæ, unæ prius, aliæ postea, utræque tamen septem testium signis signatæ et apertæ posteriores vacuæ inventæ sint, id est nihil scriptum habentes, omnino superius testamentum non est ruptum, quia sequens nullum est.

Pomponius, L. 16, même titre : Cum in secundo testamento heredem eum, qui vivit, instituimus, sive pure sive sub condicione (si tamen condicio existere potuit, licet non exstiterit), superius testamentum erit ruptum. Multum autem interest, qualis condicio posita fuerit : nam aut in

præteritum concepta ponitur veluti : *Si Titius consul fuit :* quæ condicio si vera est, id est si Titius consul fuit, ita est institutus heres, ut superius testamentum rumpatur : tum enim ex hoc heres esset, si vero Titius consul non fuit, superius testamentum non est ruptum. Quod si ad præsens tempus condicio adscripta est herede instituto, veluti : *Si Titius consul est*, eundem exitum habet, ut, si sit, possit heres esse et superius testamentum rumpatur, si non sit, nec possit heres esse nec superius testamentum rumpatur. In futurum autem collatæ condiciones si possibiles sunt (*del.*) existere potuerunt, licet non exstiterint, efficiunt, ut superius testamentum rumpatur, etiamsi non extiterint : si vero impossibiles sunt, veluti : *Titius si digito cœlum tetigerit, heres esto*, placet perinde esse, quasi condicio adscripta non sit, quæ est impossibilis.

Paul, L. 28 *De inofficioso* V, 2 : Cum mater militem filium falso audisset decessisse et testamento heredes alios instituisset, divus Hadrianus decrevit hereditatem ad filium pertinere ita, ut libertates et legata præstentur. Hic illud adnotatum (*adnotandum ?*), quod de libertatibus et legatis adicitur ; nam cum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet.

Le même, L. 93 *De heredibus instituendis* XXVIII, 5 : Pactumeius Androsthenes Pactumeiam Magnam filiam Pactumeii Magni ex asse heredem instituerat, eique patrem ejus substituerat. Pactumeio Magno occiso et rumore perlato, quasi filia quoque ejus mortua, mutavit testamentum Noviumque Rufum heredem instituit hac præfatione : « *Quia heredes quos volui mihi contingere, habere non potui* (Meltzer), *Novius Rufus heres esto.* » Pactumeia Magna supplicavit imperatores nostros et cognitione suscepta, licet modus institutioni contineretur, quia (*qui ?* Cujas) falsus non solet obesse, tamen ex voluntate testantis putavit imperator ei subveniendum. Igitur pronuntiavit hereditatem ad Magnam pertinere, sed legata ex posteriore testamento eam præstare debere, proinde atque si in posterioribus tabulis ipsa fuisset heres scripta.

Ulpien, L. 1 § 8 *Si tabulæ testamenti nullæ* XXXVIII, 6 : Si heres institutus non habeat voluntatem, vel quia incisæ sunt tabulæ, vel quia cancellatæ, vel quia alia ratione voluntatem testator mutavit voluitque intestato decedere, dicendum est ab intestato rem habituros eos, qui bonorum possessionem acceperunt.

Le même, L. 1 § 11 *De B. P. secundum tabulas* XXXVII, 11 : Si rosæ sint a muribus tabulæ, vel linum aliter ruptum vel vetustate putrefactum vel situ vel casu, et sic videntur tabulæ signatæ, maxime si proponas, vel unum linum tenere. Si ter forte vel quater linum esset circumductum, dicendum est, signatas tabulas ejus extare, quamvis vel incisa vel rosa sit pars lini.

Scévola, L. 20 *De injusto rupto* : Lucius titius integra mente et valetudine testamentum fecit uti oportet, postea cum in valetudinem adversam incidisset, mente captus tabulas easdem incidit. Quæro, an heredes his tabulis instituti adire possint hereditatem. Respondit secundum ea quæ proponerentur non ideo minus adiri posse.

Ulpien, L. 1 pr. *De his quæ in testamento delentur* : Quæ in testamento legi possunt, ea inconsulte deleta et inducta nihilominus valent, consulto, non valent : id vero quod non jussu domini scriptum inductum deletumve est, pro nihilo est. *Legi* autem sic accipiendum non intellegi, sed oculis perspici quæ sunt scripta : ceterum si exstrinsecus intelleguntur, non videbuntur legi posse. § 3. Sed consulto quidem deleta exceptione petentes repelluntur, inconsulto vero non repelluntur, sive legi possunt, sive non possunt, quoniam, si totum testamentum non exstet, constat valere omnia quæ in eo scripta sunt. Et si quidem illud concidit testator, denegabuntur actiones : si vero alius invito testatore, non denegabuntur.

3. Le testament est rescindé par l'effet de la plainte d'inofficiosité et, en droit nouveau, de l'action de la

Novelle CXV. Le testament reste valable, si la personne qui a le droit de l'attaquer ne l'attaque pas[4].

§ 86. — *Inefficacité et destitution du testament.*

Auteurs cités au § 84.

1. La perte de la *testamenti factio* survenue après la confection du testament dans la personne du testateur, avait pour effet, en droit strict, de rendre le testament inefficace ou inutile, *irritum*[1]. Ce principe rigoureux a subi des exceptions, et le droit nouveau accorde la *Bonorum possessio secundum tabulas* à l'héritier *ex testamento irrito*, lorsque le testateur a recouvré la *testamenti factio* avant sa mort et manifesté d'une façon quelconque son intention de maintenir sa volonté antérieurement exprimée.

Gaius II, 145 : Alio quoque modo testamenta jure facta infirmantur, velut cum is, qui fecerit testamentum, capite deminutus sit... 146. Hoc autem casu inrita fieri testamenta dicemus, cum alioquin et quæ rumpuntur inrita fiant, (*et quæ statim ab initio non jure fiunt, inrita sint, sed et ea, quæ jure facta sunt et postea propter capitis deminutionem inrita fiunt*) possunt nihilominus rupta dici : sed quia sane commodius erat singulas causas singulis appellationibus distingui, ideo quædam non jure fieri dicuntur, quædam

---

[4] *Supra*, § 33, 34, 84. — Tant que le testament inofficieux ou contraire à la Novelle CXV peut être attaqué, il est qualifié par les modernes de *rescindibile*.

[1] *Supra*, § 14, p. 85-86. Principalement par diminution de chef, et non par perte de la capacité d'agir.

jure facta rumpi vel inrita fieri. 147. Non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quæ vel ab initio non jure facta sunt, vel jure facta postea inrita facta aut rupta sunt : nam si septem testium signis signata sint testamenta, potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem petere, si modo defunctus testator et civis Romanus et suæ potestatis mortis tempore fuerit : nam si ideo inritum factum sit testamentum, quod postea civitatem vel etiam libertatem testator amisit, vel utique in adoptionem se dedit et mortis tempore in adoptivi patris potestate fuit, non potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem petere. Cf. 118. — § 4-6 J. *Quibus modis testamenta infirmantur.*

Ulpien, L. 6 § 5 *De injusto rupto :* Irritum fit testamentum, quotiens ipsi testatori aliquid contigit, puta si civitatem amittat per subitam servitutem, ab hostibus verbi gratia captus, vel si major annis viginti venum se dari passus sit ad actum gerendum pretiumve participandum.

Papinien, L. 11 § 2 *De B. P. secundum tabulas* XXXVII, 11 : Testamento facto Titius adrogandum se præbuit ac postea sui juris effectus vita decessit. Scriptus heres si possessionem petat, exceptione doli mali summovebitur, quia dando se in (*del.*) adrogandum testator cum capite fortunas quoque suas in familiam et domum alienam transferat. Plane si sui juris effectus codicillis aut aliis litteris eodem testamento se mori velle declaraverit, voluntas, quæ defecerat, judicio recenti redisse intellegetur, non secus ac si quis aliud testamentum fecisset ac supremas tabulas incidisset, ut priores supremas relinqueret. Nec putaverit quisquam nuda voluntate constitui testamentum : non enim de jure testamenti maxime quæritur, sed viribus exceptionis. Quæ in hoc judicio quamquam actori opponatur, ex persona tamen ejus qui opponit æstimatur (*replicatur?* Mommsen).

2. Si l'institué ou les institués n'acquièrent pas l'hérédité, soit par suite de refus, soit par suite d'incapacité survenue, le testament est sans effet, *destitutum;*

on le dit aussi abandonné, *desertum*. D'après ce qui a été dit plus haut, toutes les dispositions contenues dans ce testament doivent être invalidées, sauf clause codicillaire, et c'est précisément en vue d'éviter cette invalidation que l'on faisait des substitutions un si fréquent usage[2].

Pomponius, L. 9 *De testamentaria tutela* XXVI, 2 : Si nemo hereditatem adierit, nihil valet ex his, quæ testamento scripta sunt : si vero unus ex pluribus adierit, tutelæ statim valent nec exspectandum erit, ut omnes hereditatem adeant.

Paul, L. 181 *De R. J.* L. 17 : Si nemo subiit hereditatem, omnis vis testamenti solvitur.

Julien, L. 3 § 2 *De jure codicillorum* XXIX, 7 : ... Si ex testamento hereditas adita non fuisset, fideicommissum ex hujusmodi codicillis nullius momenti erit.

Paul, L. 81 *De legatis* 2 : Si quis testamento facto a filiis suis, quos heredes instituisset, fideicommissum reliquisset, non ut a legitimis heredibus, sed ut a scriptis, et testamentum aliquo casu irritum factum sit, filii ab intestato venientes fideicommissa ex testamento præstare compelli non possunt.

Valérien et Gallien, L. 14 C. *De fideicommissis* VI, 42 (255) : ... Regulariter traditur ea, quæ in testamento relinquuntur, si ex testamento non adeatur hereditas, non valere...

Le préteur fut amené à prévoir le cas suivant :

L'héritier *ab intestat* seul institué avait tout profit à refuser la succession testamentaire qui l'aurait obligé à acquitter les legs; il arrivait alors que la volonté du

---

[2] *Supra*, § 16, p. 90-91, § 20.

testateur restait inexécutée. Le préteur s'est réservé, en conséquence, la faculté de contraindre cet héritier à acquitter les legs; les fidéicommis, les libertés, le testament pupillaire sont maintenus également. La rubrique afférente de l'Édit commence par ces mots : *Si quis omissa causa testamenti ab intestato vel alio modo possideat hereditatem;* on désigne cette disposition sous le nom d'Édit *Si quis omissa causa.*

Titre D. *Si quis omissa causa testamenti ab intestato vel alio modo possideat hereditatem* XXIX, 4. C. *Si omissa sit causa testamenti* VI, 39.

Ulpien, L. 1 pr. *Si quis omissa* : Prætor voluntates defunctorum tuetur, et eorum calliditati occurrit, qui, omissa causa testamenti, ab intestato hereditatem partemve ejus possident ad hoc ut eos circumveniant, quibus quid ex judicio defuncti deberi potuit, si non ab intestato possideretur hereditas; et in eos actionem pollicetur. § 1. Et parvi refert, utrum quis per semet ipsum an per alium acquirere potuit hereditatem; nam, quomodocumque potuit, si non acquisiit hereditatem, in ea causa est ut incidat in edictum prætoris. § 6. Prætermittere est causam testamenti, si quis repudiaverit hereditatem. § 9... Totiens igitur edictum prætoris locum habebit, quotiens aut quasi heres legitimus possidet, aut quia bonorum possessionem accepit ab intestato, aut si forte quasi prædo possideat hereditatem, fingens sibi aliquem titulum ab intestato successionis : quocumque enim modo hereditatem lucrifacturus quis sit, legata præstabit, sane interveniente cautione evicta hereditate legata reddi.

Gaius, L. 13, même titre : Et si non totam aliquis hereditatem partemve ejus, ex qua heres institutus est, ab intestato possideat, sed vel minimam portiunculam, vel etiam unam aliquam rem, tenetur hoc edicto.

Le même, L. 14, même titre : Quamvis non proprie pars hereditatis in una re intellegatur.

Hermogénien, L. 30, même titre : Qui omissa causa testamenti pro emtore vel pro dote sive alio quolibet titulo exceptis pro herede et pro possessore possideat hereditatem a legatariis et fideicommissariis non convenitur.

Ulpien, L. 6 § 3, même titre : Non simpliciter autem prætor pollicitus est se daturum actionem, sed causa cognita : nam sive invenerit testatorem hujus rei auctorem esse, ipsumque permisisse ab intestato succedere, aut si qua alia justa causa omittendi intervenerit : utique non dabit actionem in eum legatorum. § 4. Item si invenerit bona ad alium pertinere, non dabit actionem, si vero nulla suspicio collusionis religionem prætoris instruxerit (induxerit?).

§ 87. — *Règle Catonienne.*

HARNIER, *De Regula Catoniana*. Heidelberg, 1820. GUYET, *Abhandlungen aus dem Gebiete des Civilrechts*. Heidelberg, 1829. MACHELARD, *Étude sur la Règle Catonienne en droit romain*. Paris, 1869. MUELLER, *Civilistisches Archiv* XIV. — Sur la relation qui existe entre la règle Catonienne et la règle générale *Quod ab initio*, etc. : RIVIER, *De discrimine quod inter regulam Catonianam et eam, quæ lege 29 De Regulis juris continetur, juris antiqui regulam interest*. Berlin, 1858. — MAYNZ, § 521. ARNDTS, § 550 et *Rheinisches Museum* V. BRINZ, § 222. KELLER, § 585. *Institutionen*, § 343. PUCHTA, § 522. TEWES, § 89. VANGEROW, § 540. VERING, p. 714-718. WINDSCHEID, § 638.

Le legs qui ne serait pas valable si le testateur était mort aussitôt après avoir fait son testament, ne sera jamais valable.

Cette règle n'est que l'application aux legs du principe général : *Quod initio vitiosum est, tractu temporis non convalescit*. On l'appelle la règle Catonienne, d'après l'un des deux jurisconsultes Caton, lequel a précisé l'*initium* en matière de legs comme étant le *tempus*

testamenti facti. Elle n'a trait qu'à l'invalidité fondée sur une règle de droit et non sur celle qui provient du défaut de *commercium* dans la personne du légataire ou dans la chose léguée. Elle ne s'applique qu'aux legs qui s'ouvrent à la mort du testateur; elle ne s'applique donc pas aux legs conditionnels. Elle n'a été appliquée aux fidéicommis qu'à partir du moment où le codicille a été soumis aux formalités exposées plus haut [1].

Tit. D. *De regula Catoniana* XXXIV, 7.

Celse, L. 1 pr. *De regula Catoniana* : Regula Catoniana sic definit : *Quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocumque decesserit, non valere.* Quæ definitio in quibusdam falsa est.

L. 29, 201, 210 *De R. J.* Voyez, § 84, 4.

Papien, L. 3 *De regula Catoniana* : Catoniana regula non pertinet ad hereditates, neque ad ea legata quorum dies non mortis tempore sed post aditam cedit hereditatem.

Ulpien, L. 4, même titre : Placet Catonis regulam ad condicionales institutiones non pertinere.

§ 10 J. *De legatis* II, 20 : Sed si rem legatarii quis ei legaverit, inutile legatum est ... : et licet alienaverit eam, non debetur nec ipsa nec æstimatio ejus.

Ulpien, L. 41 § 1 *De legatis* I : Sed ea quæ ædibus juncta sunt legari non possunt, quia hæc legari non posse senatus censuit Aviola et Pansa consulibus [2]. § 2. Tractari tamen

---

[1] *Supra*, § 77. La règle Catonienne est encore de droit commun; on l'a contesté sans motif. Elle est étrangère au Code autrichien, et le Code Napoléon ne la mentionne pas. Cependant, son principe est en vigueur dans le droit français. MASSOL, *Principe rationnel de la Règle Catonienne en droit romain et en droit français*. Paris, Toulouse, 1876.

[2] Ce sénatusconsulte, de l'an 122, se rattache aux dispositions anciennes sur le *tignum junctum*. Loi des Douze Tables : TIGNUM JUNCTUM... NE SOLVITO. Sénatusconsultes Hosidien, du règne de Claude, et Volusien, du règne de Néron. *Introduction historique*, § 126.

poterit, si quando marmora velut columnæ fuerint separatæ ab ædibus, an legatum convalescat. Et si quidem ad initio non constitit legatum, ex post facto non convalescet, quemadmodum nec res mea legata mihi, si post testamentum factum fuerit alienata, quia vires ab initio legatum non habuit. Sed si sub condicione legetur, poterit legatum valere, si existentis condicionis tempore mea non sit vel ædibus juncta non sit, secundum eos qui et emi rem meam sub condicione et promitti mihi stipulanti et legari aiunt. Purum igitur legatum Catoniana regula impediet, condicionale non, quia ad condicionalia Catoniana non pertinet.

Celse, L. 1 § 2 *De regula Catoniana :* Item si tibi legatus est fundus, qui scribendi testamenti tempore tuus est, si eum vivo testatore alienaveris, legatum tibi debetur, quod non deberetur, si testator statim decessisset.

§ 88. — *Extinction des legs.*

Auteurs cités au § 84.

1. La perte ou la mise hors du commerce de l'objet légué, survenue soit du vivant même du testateur, soit après sa mort, sans le fait et sans demeure du grevé, éteint le legs.

En cas de perte partielle, ce qui reste est dû.

En cas de perte de la chose principale, lors même que l'accessoire subsiste, rien n'est dû, car l'accessoire suit le principal.

Le legs d'une créance est nul si la dette n'existe pas; il est éteint si le testateur a exigé le payement ou l'a accepté avec intention révocatoire.

2. La spécification par le testateur éteint le legs, si elle a lieu dans cette intention. La spécification par un

tiers n'éteint le legs que si la chose n'est plus susceptible de recouvrer sa nature antérieure.

§ 16 J. *De legatis* II, 20 : Si res legata sine facto heredis perierit, legatario decedit. Et si servus alienus legatus sine facto heredis manumissus fuerit, non tenetur heres. Si vero heredis servus legatus fuerit et ipse eum manumiserit, teneri eum Julianus scripsit, nec interest, scierit an ignoraverit a se legatum esse. Sed et si alii donaverit servum et is, cui donatus est, eum manumiserit, tenetur heres, quamvis ignoraverit a se eum legatum esse. § 17-18. Supra § 66, p. 394. § 21 : ... Et quod defuncto debetur, potest alicui legari, ut actiones suas heres legatario præstet, nisi exegerit vivus testator pecuniam : nam hoc casu legatum extinguitur.

Hermogénien, L. 22 § 2 *De legatis* 3 : Mortis damnum per fideicommissum servi relicti, antequam mora fiat, fideicommissarius solus patitur, licet alienus relinquatur.

Ulpien, L. 49 § 5, même titre : Si uxori aurum, quod ejus causa paratum est, legatum sit et postea sit conflatum, materia tamen maneat, ea ei debetur.

Paul, L. 88, même titre : Lana legata, vestem, quæ ex ea facta sit, deberi non placet. § 1. Sed et materia legata, navis armariumve ex ea factum non vindicetur. § 2. Nave autem legata dissoluta neque materia neque navis debetur. § 3. Massa autem legata, scyphi ex ea facti exigi possunt.

Pomponius, L. 22 *De legatis* 1. *Supra*, p. 394.

Ulpien, L. 44 § 2, même titre : Si pocula quis legavit et massa facta est vel contra, item si lana legetur et vestimentum ex ea fiat, Julianus libro trigesimo secundo scripsit legatum in omnibus supra scriptis consistere et deberi quod exstat : quam sententiam puto veram, si modo non mutaverit testator voluntatem. § 3. Sed et si lancem legavit et massam fecit, mox poculum, debebitur poculum, durante scilicet voluntate. § 4. Si areæ legatæ domus imposita sit, debebitur legatario, nisi testator mutavit voluntatem.

Javolène, L. 39 *De legatis* 2 : Si areæ legatæ post testa-

mentum ædificium impositum est, utrumque debebitur, et solum et superficium.

Celse, L. 79 § 2 *De legatis* 3 : Area legata, si inædificata medio tempore fuerit, ac rursus area sit, quamquam tunc peti non poterat, nunc tamen debetur.

3. Si le corps certain et déterminé légué est acquis à titre gratuit par l'appelé, celui-ci ne peut plus rien exiger du chef du legs, qui est éteint, tandis que si l'acquisition avait eu lieu à titre onéreux, le légataire pourrait exiger l'estimation, et que s'il avait reçu l'estimation à titre gratuit, il pourrait encore exiger la chose. C'est une application du principe *duas pluresve lucrativas causas in eadem re concurrere non posse*[1].

§ 6 J. *De legatis* II, 20. *Supra*, § 63, p. 377-378. § 9. Si cui fundus alienus legatus fuerit et emerit proprietatem detracto usufructu et ususfructus ad eum pervenerit et postea ex testamento agat, recte eum agere et fundum petere Julianus ait, quia ususfructus in petitione servitutis locum optinet : sed officio judicis contineri, ut deducto usufructu jubeat æstimationem præstari.

Julien, L. 17 *De O. et A.* XLIV, 7 : Omnes debitores, qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, cum ea species ex causa lucrativa ad creditores pervenisset.

Le même, L. 19, même titre : ... Cum creditor vel emptor ex lucrativa causa rem habere cœperit, nihilo minus integras actiones retinent, sicut ex contrario qui non ex causa lucrativa rem habere cœpit, eandem non prohibetur ex lucrativa causa petere.

---

[1] W. Sell, *Ueber die römischrechtliche Aufhebungsart der Obligationen durch Concursus duarum causarum lucrativarum*. Zurich, 1839. Windscheid, § 360. Arndts, continuation de Glueck, XLVI, p. 252.

Ulpien, L. 34 § 1 *De legatis* 1 : Si eadem res sæpius legetur in eodem testamento, amplius quam semel peti non potest, sufficitque vel rem consequi vel rei æstimationem. § 2. Sed si duorum testamentis mihi eadem res legata sit, bis petere potero, ut ex altero testamento rem consequar, ex altero æstimationem.

§ 7. Quodsi rem emissem mihi legatam, usque ad pretium, quod mihi abest, competit mihi ex testamento actio. § 8. Et multo magis hoc dicendum est, si duobus testamentis mihi eadem res legata sit, sed alter me restituere rogaverit vel ipsam rem vel aliud pro ea, aut si sub condicione legasset dandi quid pro ea : nam hactenus mihi abesse res videtur, quatenus sum præstaturus.

Paul, L. 21 § 1 *De legatis* 3 : Fideicommissum relictum et apud eum, cui relictum est, ex causa lucrativa inventum, extingui placuit, nisi defunctus æstimationem quoque ejus præstari voluit.

4. Le legs est éteint, si l'appelé vient à manquer avant le *dies cedens*, par mort ou par perte de la *testamenti factio*.

Ulpien XXIV, 31 : Ad heredem legatarii legata non aliter transeunt, nisi jam die legatorum cedente legatarius decesserit.

5. Le legs peut également être éteint par le fait que celui qui en est grevé spécialement vient à manquer. Cependant le substitué est tenu, sauf volonté contraire du testateur, des legs imposés à l'institué, et la part du défaillant accroît avec ses charges.

Ulpien, L. 74 *De legatis* 1 : Licet Imperator noster cum patre rescripserit, videri voluntate testatoris repetita a substituto, quæ ab instituto fuerint relicta; tamen hoc ita erit accipiendum, si non fuit evidens diversa voluntas : quæ

ex multis colligetur, an quis ab herede legatum vel fideicommissum relictum noluerit a substituto deberi.

Le même, L. 61 § 1 *De legatis* 2 : Julianus quidem ait, si alter ex legitimis heredibus repudiasset portionem, cum essent ab eo fideicommissa relicta, coheredem ejus non esse cogendum fideicommissa præstare : portionem enim ad coheredem sine onere pertinere. Sed post rescriptum Severi, quo fideicommissa ab instituto relicta a substitutis debentur, et hic quasi substitutus cum suo onere consequetur adcrescentem portionem.

Papinien, L. 11 § 2 *Ad legem Falcidiam* XXXV, 2 : Imperator Marcus Antoninus decrevit heredes, quibus pars bonorum oblata est, non in ampliorem partem quam pro ea parte quæ relicta est legatorum nomine teneri. — Cf. L. 19 *De jure codicillorum* XXIX, 7. L. un. § 3, 4 *De caducis tollendis* VI, 51 (534).

§ 89. — *Révocation et translation des legs.*

MAYNZ, § 523. ARNDTS, § 551. BRINZ, § 223. KELLER, § 586. PUCHTA, § 537. TEWES, § 92-93. VANGEROW, § 541. VERING, p. 718-720. WINDSCHEID, § 640.

1. La révocation des legs porte le nom technique d'*ademtio*. Elle a lieu par testament ou codicille confirmé. Il fallait anciennement, pour qu'elle fût efficace de plein droit, la faire dans la même forme que le legs. On comprend, en effet, qu'un legs *per vindicationem* ne saurait être révoqué par une injonction de libération personnelle, et qu'un legs *per damnationem* ne serait nullement atteint par la déclaration NEQUE DO, NEQUE LEGO. Cependant la révocation non formelle donnait lieu à l'exception de dol. Justinien a permis de révoquer *quibuscumque verbis* avec égal effet.

Le fidéicommis du droit ancien se révoquait naturellement comme il se faisait, sans formalité aucune.

Telle est la règle générale dans le dernier état du droit justinianéen.

La révocation peut être conditionnelle; le legs est considéré comme fait sous la condition contraire.

Une révocation inintelligible devrait, d'après les principes généraux, être nulle et non avenue. Cependant, il en peut résulter nullité d'un ou de plusieurs legs, la volonté du testateur n'étant plus reconnaissable[1].

Tit. J. *De ademptione legatorum* II, 21. Tit. D. *De adimendis vel transferendis legatis* XXXIV, 4.

Ulpien XXIV, 29 : Legatum, quod datum est, adimi potest vel eodem testamento, vel codicillis testamento confirmatis; dum tamen eodem modo adimatur, quo modo datum est.

Pr. J. *De ademptione :* Ademptio legatorum, sive eodem testamento adimantur sive codicillis, firma est, sive contrariis verbis fiat ademptio, veluti si, quod ita quis legaverit : DO LEGO, ita adimatur : NON DO NON LEGO, sive non contrariis, id est, aliis quibuscumque verbis.

Paul, L. 16 *De adimendis :* Nihil interest, inducatur quod scriptum est an adimatur.

Celse, L. 17, même titre : Nihil prohibet priorem scripturam posteriorem corrigere commutare rescindere.

Ulpien, L. 3 § 11, même titre : Non solum autem legata, sed et fideicommissa adimi possunt et quidem nuda voluntate.

---

[1] C'est le cas lorsque deux légataires portant le même nom, le legs fait à l'un d'eux est révoqué sans que l'on puisse reconnaître duquel il s'agit. Il y a controverse à ce sujet; les textes transcrits sont contradictoires.

Julien, L. 10, même titre : Si legatum pure datum Titio adimatur sub condicione et pendente condicione Titius decesserit, quamvis condicio defecerit, ad heredem Titii legatum non pertinebit : nam legatum, cum sub condicione adimitur, perinde est ac si sub contraria condicione datum fuisset.

Ulpien, L. 3 § 7 *De adimendis* : Si duobus Titiis separatim legaverit, et uni ademerit, nec appareat cui ademtum sit, utrique legatum debebitur (*delebitur?*). Quemadmodum et in dando, si non appareat cui datum sit, dicemus neutri legatum.

Le même, L. 10 pr. *De rebus dubiis* XXXIV, 5; Si fuerit legatum relictum : « *Ex cognatis meis qui primum Capitolium ascenderit,* » si simul venisse dicantur, nec apparet quis prior venerit, an impediatur legatum? vel : *Ei qui monumentum fecerit*, et plures fecerint, vel : *Ei qui maximus natu est*, et duo pares ætate sunt, sed et si legatum *Sempronio amico* fuerit relictum et duo sint æqua caritate conjuncti? Sed et si duobus hominibus ejusdem nominis fuerit legatum, puta Semproniis, mox Sempronio ademtum sit, nec appareat cui ademtum sit, utrum datio in utriusque persona infringitur, an ademtio nulla est, quæri potest. Item si ex pluribus servis ejusdem nominis uni vel quibusdam libertas relicta est. Et verius est, in his omnibus etiam legata et libertates impediri, ademtionem autem in utrumque valere.

2. La révocation peut être tacite. On peut voir un fait concluant dans l'aliénation volontaire de la chose léguée[2]. Le fait d'engager la chose n'est pas concluant. Mais bien le fait de poursuivre le débiteur de la créance,

[2] L'article 1038 du Code civil est général : toute aliénation emporte révocation du legs, conformément au principe de 1021. *Supra*, p. 375.

de détruire la chose, de démolir la maison, objet du legs. On pourra même présumer la révocation en cas d'inimitié grave survenue entre le légataire et le testateur. Tout ceci forme matière d'interprétation de volonté.

§ 12 J. *De legatis* II, 20 : Si rem suam legaverit testator posteaque eam alienaverit, Celsus existimat, si nona dimendi animo vendidit, nihilominus deberi, idque divi Severus et Antoninus rescripserunt. Idem rescripserunt, eum qui post testamentum factum prædia, quæ legata erant, pignori dedit, ademisse legatum non videri et ideo legatarium cum herede agere posse, ut prædia a creditore luantur. Si vero quis partem rei legatæ alienaverit, pars, quæ non est alienata, omnimodo debetur, pars autem alienata ita debetur, si non adimendi animo alienata sit.

Modestin, L. 18 *De adimendis* : Rem legatam si testator vivus alii donaverit, omnimodo extinguitur legatum, nec distinguimus, utrum propter necessitatem rei familiaris an mera voluntate donaverit, ut, si necessitate donaverit, legatum debeatur, si nuda voluntate, non debeatur : hæc enim distinctio in donantis munificentiam non cadit, cum nemo in necessitatibus liberalis existat.

Papinien, L. 24 § 1, même titre : Pater hortos intructos filiæ legavit : postea quædam ex mancipiis hortorum uxori donavit. Sive donationes confirmavit sive non confirmavit, posterior voluntas filiæ legato potior erit : sed etsi non valeat donatio, tamen minuisse filiæ legatum pater intellegitur.

Ulpien, L. 11 § 12 *De legatis* 3 : Si rem suam testator legaverit, eamque necessitate urgente alienaverit, fideicommissum peti posse, nisi probetur, adimere ei testatorem voluisse ; probationem autem mutatæ voluntatis ab heredibus exigendam. § 13. Voyez plus haut, § 69.

Paul, L. 15 *De adimendis* : Cum servus legatus a testa-

tore et alienatus rursus redemtus sit a testatore, non debetur legatario, opposita exceptione doli mali. Sane si probet legatarius novam voluntatem testatoris, non summovebitur.

Ulpien, L. 44 § 2-4 *De legatis* 1. Javolène, L. 39 *De legatis* 2. *Supra*, § 88.

Marcellus, L. 6 *De auro argento mundo* XXXIV, 2 : Seia ab herede Publio Mævio ita legavit : « *Antoniæ Tertullæ lego auri pondo tot et unionem cum hyacinthis.* » Postea unionem solvit neque illum mortis tempore inter ornamenta sua unionem reliquit. Quæro, an heres ex causa fideicommissi æstimationem rei, quæ in hereditate non est, præstare debeat. Marcellus respondit non debere. § 1. Item quæro, si probari possit Seiam uniones et hyacinthos quosdam in aliam speciem ornamenti, quod postea pretiosius fecit additis aliis gemmis et margaritis, convertisse, an hos uniones vel hyacinthos petere possit et heres compellatur ornamento posteriori eximere et præstare. Marcellus respondit petere non posse : nam quid (*qui?*) fieri potest, ut legatum vel fideicommissum durare existimetur, cum id quod testamento dabatur, in sua specie non permanserit, nam (*immo?*) quodammodo extinctum sit? Ut interim omittam, quod etiam dissolutione ac permutatione tali voluntas quoque videatur mutata.

Gaius, L. 65 § 2 *De legatis* 1 : Si domus fuerit legata, licet particulatim ita refecta, ut nihil ex pristina materia supersit, tamen dicemus utile permanere legatum : at si ea domu destructa aliam eodem loco testator ædificaverit, dicemus interire legatum, nisi aliud testatorem sensisse fuerit adprobatum.

Pomponius, L. 24 § 4, même titre : Si navem legavero et specialiter meam adscripsero eamque per partes totam refecero, carina eadem manente nihilominus recte a legatario vindicaretur.

Ulpien, L. 3 § 11 *De adimendis* : ... Quæritur, an etiam inimicitiis interpositis fideicommissum non debeatur : et si

quidem capitales vel gravissimæ inimicitiæ intercesserint, ademptum videri quod relictum est : sin autem levis offensa, manet fideicommissum. Secundum hæc et in legato tractamus doli exceptione opposita.

Le même, L. 4, même titre : Quodsi iterum in amicitiam redierunt et pœnituit testatorem prioris offensæ, legatum vel fideicommissum relictum redintegratur : ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitæ supremum exitum.

Scévola, L. 31 § 3 *De adimendis :* Filiæ, quam in potestate habebat, inter cetera legavit peculium : idem post factum testamentum pecuniam a debitore filiæ exegit et in suam rationem convertit : quæro, an filia eo nomine cum heredibus patris agere possit. Respondit, si probaret non adimendi animo factum, agere posse.

Dioclétien et Maximien, L. 27 C. *De fideicommissis* VI, 42 (294-305) : Fideicommissum ejus, qui reliquerat, pœnitentia probata, successores numquam præstare compelluntur.

3. On nomme *translatio* la révocation d'un legs par concession d'un autre legs.

Toute translation renferme une révocation et un legs nouveau, lequel doit différer de l'ancien et cependant avoir certains points de contact avec celui-ci. La différence peut consister dans la personne du légataire ou dans celle du grevé ; ou encore, et c'est le cas le plus fréquent, dans l'objet légué ; ou enfin dans la *causa,* c'est-à-dire dans les conditions générales du legs, par exemple dans le fait qu'un legs pur et simple est transformé en legs conditionnel ou à terme, ou vice versâ.

La révocation peut être valable, et le legs nouveau ne l'être pas.

La révocation peut être pure et simple, et le legs

nouveau conditionnel. Dans le doute, cependant, le premier legs est maintenu en cas de non-accomplissement. Dans le doute encore, les modalités de l'ancien legs passent au nouveau.

§ 1 J. *De ademptione :* Transferri quoque legatum ab alio ad alium potest, veluti si quis ita dixerit : « *Hominem Stichum, quem Titio legavi, Seio do lego* », sive in eodem testamento sive in codicillis hoc fecerit : quo casu simul Titio adimi videtur et Seio dari.

Paul, L. 6 pr. *De adimendis :* Translatio legati fit quatuor modis : aut enim a persona in personam transferuntur, aut ab eo, qui dare jussus est, transfertur, ut alius det, aut cum res pro re datur, ut pro fundo decem aurei, aut quod pure datum est, transfertur sub condicione. § 1. Sed si id, quod a Titio dedi, a Mævio dem, quamvis soleant esse duo ejusdem rei debitores, tamen verius est hoc casu ademptum esse legatum : nam cum dico : « *quod Titium dare damnavi, Seius damnas esto dare* », videor dicere, ne Titius det. § 2. Item si pro fundo decem legentur, quidam putant non esse ademptum prius legatum : sed verius est ademptum esse : novissima enim voluntas servatur.

Gaius, L. 5, même titre : Sicut adimi legatum potest, ita et ad alium transferri, veluti hoc modo : « *Quod Titio legavi, id Seio do lego* » : quæ res in personam Titii tacitam ademptionem continet.

Pomponius, L. 20, même titre : Licet transferam legatum in eum, cum quo nobis testamenti factio non est, sive in servum proprium, cui sine libertate legavero, licet iis non debeatur, nec illi tamen debebitur, cui fuerit ademtum.

Ulpien, L. 7, même titre : Quod si alii legetur sub condicione quod alii pure datum est, non plene recessum videtur a primo, sed ita demum, si condicio sequentis extiterit. Ceterum si hoc animo fuerit testator, ut omnimodo recessum a primo putaverit, dicendum erit a primo ademtum legatum.

Papinien, L. 24 pr., même titre : Legatum sub condicione datum cum transfertur, sub eadem condicione transferri videtur, si non condicio priori personæ cohæreat. Nam si quis uxori sublatis liberis legaverit, repetita condicio non videbitur, quæ fuit in personæ mulieris necessaria.

CHAPITRE X.

INCAPACITÉ ET INDIGNITÉ.

CHAPITRE X.

INCAPACITÉ ET INDIGNITÉ.

---

§ 90. — *L'incapacité.*

HEINECCIUS, *Ad legem Juliam et Papiam.* Leipzig, 1778. GITZLER, *Quæstiones de lege Julia et Papia.* Halle, Breslau, 1835. SCHNEIDER, *Das ... Anwachsungsrecht bei Legaten und die caducarischen Bestimmungen der lex Julia und Papia Poppœa.* Voyez plus haut, § 72, p. 419. RUDORFF, *Ueber die* caducorum vindicatio, dans la *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* VI (1828). HARTMANN, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* V, p. 218-255 : *Ueber die Voraussetzungen und Grenzen der Incapacität nach der lex Julia et Papia* (1866). — ARNDTS, § 492. DANZ, § 185. KELLER, § 592. TEWES, § 7. VANGEROW, § 429. *Die Latini Juniani.* Marbourg, 1833. RUDORFF, *Rechtsgeschichte* § 27. WINDSCHEID, § 550.

1. A côté de la *testamenti factio* passive[1], une notion nouvelle s'est formée et développée dès les premières années de l'Empire. C'est celle de la *capacité*. On appelle ainsi, dans un sens technique spécial, la faculté de recueillir (*capere*) la part héréditaire ou le legs, tandis que la *testamenti factio* passive du droit civil ancien est la faculté d'être valablement

---

[1] *Supra*, § 13, 17, 58.

institué ou gratifié d'un legs. Des personnes ayant le *commercium* testamentaire, des citoyens qualifiés pour être légataires ou héritiers, peuvent, pour certains motifs, être incapables de profiter du legs ou de l'institution.

Le moment auquel la capacité dont il s'agit ici doit exister dans la personne de l'héritier ou légataire n'est pas celui de la confection du testament, mais celui de l'acquisition de l'hérédité. Il y a plus : l'incapable a encore, à partir de l'ouverture du testament, un délai pour se mettre en règle avec la loi et devenir capable. On voit donc que cette incapacité est essentiellement remédiable. Ceci est conforme au but et à l'esprit des lois qui l'ont créée[2].

La libéralité ou l'institution faite en faveur de l'incapable n'est point nulle, mais elle est dévolue à une autre personne ou à d'autres personnes, qui sont substituées à l'incapable par la loi même.

2. Cette notion nouvelle, que l'on peut considérer comme une espèce particulière de *testamenti factio* passive, a été créée et développée par la loi *Julia et Papia* et par plusieurs sénatusconsultes, en punition des célibataires et des gens sans enfants, *cœlibes* et *orbi*[3].

La loi *Junia Norbana* a frappé d'incapacité les La-

---

[2] Ulpien, L. 5 *De Regula Catoniana* XXXIV, 7 : Regula Catoniana ad novas leges non pertinet. Ces lois nouvelles, ce sont les lois *Julia et Papia* et *Junia Norbana*. Il n'y a donc pas lieu à l'application du principe de la règle Catonienne. *Supra*, § 87.

[3] *Introduction historique*, § 121, 125.

tins Juniens[4]. Une constitution de Domitien l'a infligée aux femmes de mauvaise vie, *mulieres probrosæ*.

Les Latins Juniens deviennent capables en acquérant le droit de cité, et les célibataires en se mariant, dans les cent jours.

Voici les dispositions principales de la loi *Julia et Papia* touchant cette matière :

A un certain âge, vingt-cinq ans pour les hommes, vingt ans pour les femmes, chacun doit être marié, conformément aux prescriptions légales[5]. Celui qui ne l'est pas est incapable de recueillir, tant comme héritier que comme légataire. Les hommes qui ont dépassé la soixantaine, les femmes qui ont dépassé la cinquantaine étaient exempts dans le principe, mais plusieurs sénatusconsultes ont étendu, sur ce point, les dispositions de la loi.

Il ne suffit pas d'être marié : il faut avoir des enfants. L'*orbus*, auquel paraît avoir été assimilé le célibataire ou veuf qui a des enfants, *solitarius pater*[6], ne peut recueillir que la moitié de ce qui lui est laissé.

Certaines personnes et certaines dispositions sont exceptées par la loi même. Ce sont :

---

[4] *Introduction historique*, § 119.

[5] La mésalliance n'est pas considérée comme mariage à ce point de vue, non plus que le mariage *juris gentium*. En revanche, les fiançailles sont assimilées au mariage ; elles doivent être suivies de mariage dans les deux ans. DION CASSIUS, LIV, 16. SUÉTONE, *Octave* 34.

[6] Interprétation du Code Théodosien, sur la loi 2 *De repudiis* III, 16 : Ille vero in perpetuum solitarius permanebit nec præsumat alterius mulieris conjugio sociari. *Solitarius* est synonyme de *cœlebs*. FITTING, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* XI, p. 435.

Les ascendants du testateur et ses enfants jusqu'au troisième degré; les héritiers ou légataires *ex testamento militis;* l'Empereur et l'Impératrice en vertu de la règle : *princeps legibus solutus est ;*

Les legs favorisés de liberté et d'aliments, et le legs d'usufruit.

A l'égard de ces personnes et dispositions, l'ancien droit civil continue à être en vigueur.

Les dispositions de la loi *Julia et Papia* ont été étendues aux fidéicommis par le sénatusconsulte Pégasien, et par un autre sénatusconsulte aux donations à cause de mort et autres *mortis causa capiones*[7].

3. Ce qui est laissé par testament à une personne qui est incapable dans le sens technique nouveau du mot, est *caduc.*

On appelle aussi *caduc* ce qu'un capable a refusé, ainsi que la part héréditaire ou le legs dont le destinataire est mort après la délation ou avant l'ouverture.

Enfin, l'on considère comme étant, sinon caduc, du moins *in causa caduci*, la libéralité dont le destinataire est mort ou a subi la grande diminution de chef avant le testateur, et celle dont la condition fait défaut.

La caducité suppose toujours que la succession est acquise *ex testamento,* sinon le testament étant destitué, les dispositions qu'il contient seraient invalidées. Il faut aussi que la disposition elle-même soit valable, selon le droit civil; ce qui n'existe pas ne saurait être caduc[8].

---

[7] *Supra*, § 80, 81, 82. *Introduction historique*, § 127.

[8] La loi *Julia et Papia* n'a donc touché en rien aux dispositions tenues *pro non scriptis*. Voyez plus haut, § 84.

Les biens caducs sont dévolus en première ligne aux héritiers institués dans le testament qui ont des enfants ou, selon l'expression romaine, qui sont *patres*, et à leur défaut aux légataires *patres : eis qui in eo testamento liberos habent*. En cas de légataires conjoints, le colégataire *pater* est préféré. Pour être *pater* et avoir, en conséquence, le droit de revendiquer les biens caducs (*jus caduca vindicandi*), il faut avoir au moins un enfant qui soit *inter liberos* dans le sens de l'Édit, à l'exception des adoptifs.

A défaut de *patres*, le bien caduc appartient au trésor[9], c'est-à-dire à l'*ærarium* dans le principe, plus tard au fisc, encore plus tard à la cassette particulière de l'empereur.

Quiconque recueille un bien caduc doit acquitter les charges qui y sont attachées : *caduca fiunt cum suo onere*.

La caducité peut être exclue ou, du moins, reculée par des substitutions ; la loi *Julia et Papia* a contribué sans doute à leur fréquence.

On vient de voir qu'il existait des biens caducs avant la loi *Julia et Papia*[10]. Cette caducité n'offrait alors aucune particularité; les biens caducs profitaient, naturellement, à la personne dont la part était diminuée par la libéralité. La loi *Julia et Papia* ne supprima pas

---

[9] ULPIEN (XVII, 2) l'appelle *fiscus*. Comparez PLINE, *Panégyrique de Trajan* 42; SÉNÈQUE, *De beneficiis* VII, 6. SCHNEIDER, p. 190 et suivantes.

[10] CICÉRON, *Philippique* X, 5 : Caducæ hereditates.

cet ancien droit, *jus antiquum in caducis*, mais le restreignit aux ascendants et descendants du testateur jusqu'au troisième degré, en tant qu'ils sont institués héritiers.

Loi municipale de Malaga, ch. LVI : ... Maritum quive maritorum numero erit, cælibi liberos non habenti qui maritorum numero non erit, habentem liberos non habenti, plures liberos habentem pauciores habenti præferto prioremque nuntiato. — Cf. Aulugelle II, 15.

Juvénal, *Satire* IX : Jura parentis habes, propter me scriberis heres; Legatum omne capis nec non et dulce caducum; Commoda præterea jungentur multa caducis, Si numerum, si tres implevero.

Suétone, *Domitien* 8 : Probrosis feminis lecticæ usum ademit, jusque capiendi legata hereditatesque.

Gaius, L. 51 *De R. J.* L. 17 : Non videtur quisquam id capere, quod ei necesse est alii restituere.

Terentius Clemens, L. 73 *De heredibus instituendis* XXVIII, 5 : Si quis solidum a lege capere non possit et ex asse sit institutus ab eo qui solvendo non est, Julianus ex asse eum heredem esse respondit : legi enim locum non esse in ea hereditate quæ solvendo non est.

Gaius II, 286. Supra, p. 453. Cf. 110, 111 et 144. I, 23 : Non tamen illis (Latinis Junianis) permittit lex Junia vel ipsis testamentum facere, vel ex testamento alieno capere, vel tutores testamento dari. 24. Quod autem diximus, ex testamento eos capere non posse, ita intellegemus, ne quid directo hereditatis legatorumve nomine eos posse capere dicamus; alioquin per fideicommissum capere possunt. II, 206-208. Voyez § 72.

Paul, L. 35 pr. *De mortis causa donationibus* XXXIX, 6 : Senatus censuit, placere mortis causa donationes factas in eos, quos lex prohibet capere, in eadem causa haberi, in qua essent, quæ testamento his legata essent, quibus capere

per legem non liceret. Ex hoc senatusconsulto multæ variæque quæstiones agitantur...

Ulpien, L. 36, même titre : Quod condicionis implendæ causa datur, licet non ex bonis mortui proficiscitur, capere tamen supra modum non poterit is, cui certum modum ad capiendum lex concessit.

Ulpien XIII. *De Cœlibe orbo, et solitario patre.* XIV *De pœna legis Juliæ.* XV. *De decimis.*

XVII. *De caducis.* 1. Quod quis sibi testamento relictum, ita ut jure civili capere possit, aliqua ex causa non ceperit, caducum appellatur, veluti ceciderit ab eo : verbi gratia si cælibi vel Latino Juniano legatum fuerit, nec intra dies centum vel cælebs legi paruerit, vel Latinus jus Quiritium consecutus sit; aut si ex parte heres scriptus vel legatarius ante apertas tabulas decesserit vel peregrinus factus sit. 2. Hodie ex constitutione imperatoris Antonini omnia caduca fisco vindicantur. 3. Sed, servato jure antiquo liberis et parentibus, caduca cum suo onere fiunt : ideoque libertates et legata (*vel*) fideicommissa ab eo data, ex cujus persona hereditas caduca facta est, salva sunt : sed et legata et fideicommissa cum suo onere fiunt caduca. XVIII. *Qui habeant jus antiquum in caducis.* 1. Item liberis et parentibus testatoris usque ad tertium gradum lex Papia jus antiquum dedit, ut heredibus illis institutis, quod quis ex eo testamento non capit, ad hos pertineat aut totum aut ex parte, pro ut pertinere possit.

4. La loi caducaire ne pouvait convenir à l'Empire christianisé. L'Église envisageait le mariage, la chasteté et la fécondité sous un point de vue fort différent de celui qu'avait consacré la morale fiscale d'Auguste.

Constantin abolit les peines du célibat et de l'orbité. Honorius et Théodose supprimèrent les récompenses de la fécondité. Justinien supprima tout ce qui restait du droit caducaire, ainsi que la latinité junienne, et

rétablit l'ancien droit en le modifiant sur quelques points.

Il n'est donc plus question d'incapacité dans le dernier état de la législation romaine[11].

Constantin, L. un. C. Théod. *De infirmandis pœnis cœlibatus et orbitatis* VIII, 6 (320) : Qui jure veteri cœlibes habebantur, imminentibus legem terroribus liberentur, atque ita vivant, ac si numero maritorum matrimonii fœdere fulcientur, sitque omnibus æqua conditio capessendi, quod quisque mereatur. Nec vero quisquam orbus habeatur : proposita huic nomini non noceant... § 1. Quam rem et circa feminas æstimamus, earumque cervicibus imposita juris imperia, velut quædam juga solvimus promiscue omnibus... § 2. Verum hujus beneficii maritis et uxoribus inter se usurpatio non patebit, quorum fallaces plerumque blanditiæ vix etiam opposito juris rigore cohibentur, sed maneat inter istas personas legum prisca auctoritas.

Honorius et Arcadius, L. 1 C. *De jure liberorum* VIII, 59 (410) : Nemo post hæc a nobis jus liberorum petat, quod simul hac lege omnibus concedimus.

Justinien, L. 2, même titre (528) : ... Legitima jura, quæ ex Tertulliano senatusconsulto ei (matri) præstatur, omnimodo eam habere sancimus, licet tres liberos ingenua, vel libertina quatuor minime pepererit.

L. un. C. *De latina libertate tollenda et per certos modos in civitatem Romanam transfusa* VII, 6 (531).

L. un. C. *De caducis tollendis* VI, 51 (534) : Et nomen et materiam caducorum ... necessarium duximus ... reclu-

---

[11] Ceci est controversé. Voyez notamment KELLER, *Pandekten*, § 592, et VANGEROW, § 429, note 2. *Supra*, § 3, page 14. — La notion technique de l'incapacité, distincte de l'*indignité* et de la *testamenti factio*, est, à plus forte raison, étrangère aux législations modernes. Les auteurs qui croient à sa permanence la restreignent à un petit nombre de cas d'importance minime.

dere... Et quemadmodum in multis capitulis lex Papia ab anterioribus principibus emendata fuit, et per desuetudinem abolita, ita et a nobis circa caducorum observationem invidiosum suum amittat vigorem, qui et ipsis prudentissimis viris displicuit, multas invenientibus vias, per quas caducum ne fieret. Sed et ipsis testamentorum conditoribus sic gravissima caducorum observatio visa est, ut et substitutiones introducerent, ne fiant caduca... Et quum lex Papia jus antiquum, quod ante eam in omnibus simpliciter versabatur, suis machinationibus et angustiis circumcludens solis parentibus et liberis testatoris usque ad tertium gradum, si scripti fuerant heredes, suum imponere jugum erubuit, jus antiquum intactum eis conservans, nos omnibus nostris subjectis sine differentia personarum concedimus.

Voyez encore L. 23 C. *De nuptiis* V, 4 (de Justinien ou de Justin).

§ 91. — *L'indignité.*

MAYNZ, § 482. ARNDTS, § 520. BRINZ, § 225. KELLER, *Institutionen*, § 347. *Pandekten*, § 593. DANZ, § 186. TEWES, § 7 et 60. VANGEROW, § 565. VERING, p. 561-563. WINDSCHEID, § 669-674.

1. La loi *Julia et Papia*, des sénatusconsultes, des constitutions impériales, ont établi certains motifs en vertu desquels l'hérédité, la part héréditaire, le legs peuvent être enlevés, *auferri*, *eripi*, à l'héritier ou légataire indigne d'en profiter. L'enlèvement a lieu avant l'acquisition ou après; dans ce dernier cas, les droits éteints par confusion ne revivent point en faveur de l'indigne. L'enlèvement s'effectue ou se manifeste par le refus des actions.

Les motifs principaux d'indignité sont divers méfaits,

soit contre le défunt, soit contre ses dernières volontés. Ainsi, sont indignes : l'assassin du *De Cujus;* l'héritier qui néglige la poursuite de l'assassin; l'héritier et le substitué pupillaire d'un impubère, qui ont négligé de lui faire donner un tuteur; le légataire qui s'est emparé de la chose léguée; celui qui a attaqué le testament comme faux ou inofficieux; celui qui a supprimé le testament pour succéder *ab intestat;* le légataire qui a caché méchamment le testament. Le non-accomplissement d'un mode peut aussi être un motif d'indignité, ainsi qu'une inimitié grave survenue entre le gratifié et le testateur[1].

2. Ce qui est enlevé à l'indigne, hérédité ou legs, est appelé *ereptorium* ou *erepturium*, ou encore *ereptitium*[2].

C'est, dans le principe et en général, le fisc qui recueille les biens éreptices. Dans quelques cas cependant, certaines personnes lui sont préférées en vertu de constitutions impériales. Ainsi, lorsque l'indignité est encourue pour non-accomplissement d'un mode, le substitué, cohéritier, légataire qui accomplit le mode.

Le bien éreptice est recueilli avec sa charge, comme

---

[1] Certains motifs d'indignité sont communs à l'hérédité et aux legs, d'autres sont spéciaux à l'hérédité, d'autres enfin spéciaux aux legs. VANGEROW donne l'énumération détaillée et classifiée. — Voyez *supra*, § 18, 32, 33, 60, 75, 84, 89.

[2] De ces trois mots, l'un est le bon, mais lequel? Le texte où on le lit porte *erepturium*. CUJAS a cru devoir le corriger par *ereptitium*, HUGO par *ereptorium*.

le caduc. Celui qui le recueille entre absolument et de plein droit en lieu et place de l'indigne.

3. Justinien, abolissant la caducité, a maintenu expressément l'indignité[3].

Tit. D. *De his quæ ut indignis auferuntur* XXXIV, 9. C. *De his quibus ut indignis hereditates auferuntur et ad Senatusconsultum Silanianum* VI, 35. Novelle CXV, ch. 3, ch. 4 § 7.

Ulpien XIX, 17 : Lege nobis adquiritur velut caducum vel erepturium e lege Papia Poppæa...

Paul III, 5 *Ad Senatusconsultum Silanianum* 2 : ... Honestati heredis convenit, qualemcumque mortem testatoris inultam non prætermittere. 10. Hereditas a fisco ut indignis aufertur his primum, qui, cum suspecta nex esset testatoris, apertis tabulis testamenti vel ab intestato adierunt hereditatem, bonorumque possessionem acceperunt... 13. Omnibus, qui contra voluntatem defuncti faciunt, ut indignis auferatur hereditas, si nihil testamento in fraudem legis fuerit cautum.

Marcien, L. 3 *De his quæ ut indignis* : Indignum esse divus Pius illum decrevit, ... qui manifestissime comprobatus est id egisse, ut per neglegentiam et culpam suam mulier, a qua heres institutus erat, moreretur. (Voyez L. 9 *De jure fisci* XLIX, 14. L. 10 C. *De his quibus ut indignis*. L. 7 § 4 *De bonis damnatorum* XLVIII, 20.)

Le même, L. 1, même titre : Divi Severus et Antoninus rescripserunt, quasi indignum carere legato seu fideicommisso libertum, quæ ei testamento patroni relicta erant,

---

[3] L'indignité est encore de droit commun. Les législations modernes ont précisé et réduit les causes d'indignité. Code civil 727-730. ARNTZ I, 1275-1292. Code prussien, FOERSTER, § 278. L'indignité du Code autrichien se confond avec le manque de *testamenti factio*. UNGER, § 5. Législations suisses, *Revue de droit international* IX, p. 243-244.

cum patronum suum post mortem ejus quasi illicitæ mercis negotiatorem detulerat, quamvis et præmium meruit.

Ulpien, L. 1 pr. *Si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit* XXIX, 6 : Qui dum captat hereditatem legitimam vel ex testamento, prohibuit testamentarium introïre volente eo facere testamentum vel mutare, divus Hadrianus constituit denegari ei debere actiones denegatisque ei actionibus fisco locum fore.

Paul, L. 5 § 6 *De his quæ ut indignis :* Si is, cui rogatus sum legatum restituere, falsum dixerit, restituere id fisco debebo. § 12. Quidam et præsidem indignum putant, qui testamentum falsum pronuntiavit, si appellatione inter cedente heres scriptus optinuit.

Ulpien, L. 8 § 14 *De inofficioso testamento* V, 2 : Meminisse autem oportebit, eum qui testamentum inofficiosum improbe dixit et non obtinuit, id quod in testamento accepit, perdere et id fisco vindicari quasi indigno ablatum. Sed ei demum aufertur quod testamento datum est qui usque ad sententiam judicum lite improba perseveraverit : ceterum si ante sententiam destitit vel decessit, non ei aufertur quod datum est...

Marcellus, L. 6 *De his quæ ut indignis :* Rescriptum est a principe, heredem rei quam amovisset quartam non retinere... Ex centum quæ subripuit, legatariis quidem dabit septuaginta quinque, reliqua, id est viginti quinque, ad fiscum venient.

Le même, L. 26 *De lege Cornelia de falsis* XLVIII, 10 : Si quis patris sui testamentum aboleverit, et, quasi intestatus decessisset, pro herede gesserit atque ita diem suum obierit : justissime tota hereditas paterna heredi ejus eripietur. Cf. Justinien, L. 25 C. *De legatis* VI, 37 (531).

Ulpien, L. 12 § 4 *De religiosis* XI, 7 : Funus autem eum facere oportet, quem decedens elegit : sed si non ille fecit, nullam esse hujus rei pœnam, nisi aliquid pro hoc emolumentum ei relictum est : tunc enim, si non paruerit voluntati defuncti, ab hoc repellitur.

Paul, L. 5 § 2 *De his quæ ut indignis :* Amittere id, quod

testamento meruit, et eum placuit, qui tutor datus excusarit se a tutela... Sed hoc legatum, quod tutori denegatur, non ad fiscum transfertur, sed filio relinquitur, cujus utilitates desertæ sunt.

Ulpien, L. 1 § 3 *Ubi pupillus educari vel morari debeat* XXVII, 2 : Certe non male dicetur, si legatarius vel heres educationem recuset testamento sibi injunctam, denegari ei actiones debere exemplo tutoris testamento dati : quod ita demum placuit, si idcirco sit relictum : ceterum si esset relicturus, etiamsi educationem recusaturum sciret, non denegabitur ei actio, et ita divus Severus sæpissime statuit.

Papinien, L. 12 *De his quæ ut indignis :* Cum quidam scripsisset heredes quos instituere non potuerat, quamvis institutio non valeret neque superius testamentum ruptum esset, heredibus tamen ut indignis, qui non habuerunt supremam voluntatem, abstulit jam pridem senatus hereditatem. Quod divus Marcus in ejus persona judicavit, cujus nomen peracto testamento testator induxerat : causam enim ad præfectos ærarii misit : verum ab eo legata relicta salva manserunt. De præceptionibus eidem datis voluntatis erit quæstio : et legatum ei non denegabitur, nisi hoc evidenter testator voluisse appareat.

Le même, L. 16 § 2, même titre : Cum heredis nomen mutata voluntate pater familias incisis tabulis induxisset atque ideo fisco portionis emolumentum adjudicatum fuisset, eam rem legatariis non obesse, qui retinuerant voluntatem, divo Marco placuit, et ideo cum suo onere fiscum succedere. Cf. Ulpien, L. 1 § 8 *Si tabulæ testamenti nullæ* XXXVIII, 6 et L. 2 § 7 *De Bonorum possessione secundum tabulas* XXXVII, 11.

Ulpien, L. 9 pr. *De his quæ ut indignis :* Si inimicitiæ capitales intervenerunt inter legatarium et testatorem et verisimile esse cœperit, testatorem noluisse legatum sive fideicommissum præstari ei, cui adscriptum relictum est, ut legatum ab eo peti non possit. § 1. Sed et si palam et aperte testatori maledixerit et infaustas voces adversus

eum jactaverit, idem erit dicendum. Si autem status ejus controversiam movit, denegatur ejus quod testamento accepit persecutio : ex qua specie statim fisco deferetur.

Modestin, L. 8, même titre : Indigno herede pronuntiato adempta (*adita?*) hereditate confusas actiones restitui non oportet.

Justinien, L. un. § 12 C. *De caducis tollendis* VI, 51 (534) : Quæ autem antiquis legibus dicta sunt de his quæ ut indignis auferuntur et nos simili modo intacta servamus, sive in nostrum fiscum, sive in alias personas perveniant.

FIN.

APPENDICE

ET

TABLES.

APPENDICE.

Le testament de Dasumius [1].

Quoniam est rectum præst*are* ... amicus rarissim*us*... *si se nome*n meum laturum p*romiserit* ... *mearum fort*unarum ex uncia *heres esto, eamque nominis bonorumque hereditatem cernito in diebus centum prox*imis, quibus scie*rit poteritque. Quod ni ita creverit, tunc Septuma Secundina, matertera mea p*ientissima, mihi *heres esto ex eadem parte. Si nec ea mihi heres erit, tunc*... filia Serviani ex *eadem uncia mihi heres esto. Ex reliqua parte Ursus Servianus dominu*s meus mihi here*s esto. Si Servianus mihi heres non erit, tunc* ... *m*ihi heredes sunto. *Si* ... *mihi heredes non erunt, tunc Dasumia* ... *m*ihi heres esto. Si Da*sumia mihi heres non erit, tunc* ... *mihi heredes sun*to, iique cernunto *in diebus centum proximis, quibus scierint poteruntque. Si nec eorum quisquam* creverit, tunc Sy*che nutrix mihi heres esto.*

---

[1] *Introduction historique*, § 159.

Je transcris ici ce remarquable document d'après les *Fontes* de M. Bruns. — Rudorff l'a commenté dans le tome XII de la *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, p. 301-392 (1845).

Amicis meis bene merentibus infra scriptis, qu*isquis mihi heres erit, eum rogo fideique ejus committo, uti det singulis* auri pondo libras : Jul*io* ... no, Volusio Juliano ... *Plinio* Secundo, Cornelio *Tacito,* ... auspicato, singulis ... *M*inicio Justo, Fabul..., Junio Avito, Pon*tio* Læliano, ... *Sem*pronio Crescenti, Januario ..., *Licinio* Nepoti, Tullio Varroni, Sat*rio Rufo,* ... *Minicio A*nniano, Appuleio Nepoti, Re*mmio Martiali,* ... ustio Acantho, Fabio Rustico, ... co, Agris Phœbo et Servato, ... *Va*lerio Hermeti, Otacilio Or ...

*Sempronio Pr*oculo jurisconsulto, Ateio M...no, Cornelio Seni, Julis Threp*to* ... *Apollo*doro adfini meo HS CXXV co*nferri volo* ... *fideiq*ue ejus eorumque comitto, ut ... ei consecrent Cordubæ, it*a ut* ... *sub inscript*ione nominis mei conse*crentur* ... opera supra scripta fiant ej*us eorumque arbitratu* ... *fidei*que ejus eorumque commit*to, ut* ... est.

Dasumiæ Syche nutri*ci* ... Venucum arum piscato*res* ... elegerit, præter quam ac ... *argenti es*cari et potori ex meo quod e*legerit* ... *chartam si*ve philuram calculatoriam..

.. Et Sabinum notarium et my... *rati*onibus redditis, cum cont*ubernalibus suis liberos esse jubeo* ...m cocum et Gammicum c... et Diadumenum notarium ... mnem sumptuarium, ration*ibus redditis, cum contubernali liberum esse volo, ita ut eam in m*atrimonio habeat, fidelem*que* ...rculis pusillis componit, v..

.. *Dasumio C*olono liberto HS M, Dasumiæ Sy*che nutrici* ... *lib.* M, Heliopædi lib. HS M, Ca... singulis M, Eurotæ lib. HS ..

.. *Si E*ros vestiarius rationem *actus sui heredi meo reddiderit, liber esto*; *item* ... *pæda*gogus ratione reddita Pho*ebus* ... *liberi sunto, præterquam si qu*em ex his alio scripto liberum *esse vetuero. Quem enim ita vetuero, is neque liber*

*esto, ne*que vicensimæ nomine ei *prove eo publicano* XX *libertatis heres meus quidquam dato. Ceteros om*nes, quos liberos esse jussi, eos *ex meo accipere volo, quod eo nomine publicano debebunt; fidei au*tem eorum committo quis*quis mihi heres heredesve erunt, ut eam pecuniam singulis dent tri*buant concedant sine ulla *controversia : et cum primum quisque eorum liber factus fuerit, hoc* amplius HS V, et hoc ampli*us* ... cum primum manumissa *fuerit* ... *ar*culam thalamariam cum ornato..

*Hoc amplius heredes mei præfa*ti dent tribuant conceda*nt sine ulla controversia... Har*masto Anatellonti liber*tis in singulos annos, quandiu quis eorum vivet, initio cujusque an*ni vestiari nomine singulis ... *Ter*pno Achilli Heliopædi lib*ertis initio cujusque anni vestiari nomine singulis in singu*los annos, quandiu quis eo*rum vivet, ... libertis quand*iu quis eorum vivet, initio *cujusque anni ... ipsi danto, cura*ntove dare infra scriptis *conditionibus*.

*Hoc amplius heredes mei suprascripti lance*m auream meam maxima*m, quæ* ... *e*st, et Diadumenum cubicul*arium* ... *et* Stephanum dropacatorem ... orem et Faustum sutorem *et* ... *aut paria* mulorum, quæ elegerit, cum *carruchis et mulionibus danto Septumæ materteræ meæ pientis*simæ. Hoc amplius Epaphroditum ... tum medicum, Philocyrium ... *signa mea aurea* et argentea omnia et ima*gines argenteas eidem Septumæ materteræ dari volo, et rogo pie*tatem tuam, ut cures in pub*lica eas porticu poni, quam Cordubæ extrui jussi; sigillaria vero,* quæ ubique habeo, in amicos *fidelissimos, quos voles, conferas. Hoc amplius* ... *di*spensatorem, rationibus ... em et Eutychen, cubiculo majo*ri præpositum ... dari volo mate*rteræ Septumæ Secundi*næ. Hoc amplius, matertera carissima, commendo tibi* ... Erotem, Menecraten et Pæde*rotem* ... *et rogo pietatem tuam,*

ut in eodem opere illos habeas donec vi*vent* ... *quoniam nullo merito meo tam valde* ... *reli*qua Septumæ materteræ me*æ commendo* ... *reb*us meis habuit, fideique ejus N... *Hoc a*mplius Septumæ materteræ m*eæ* ... *c*ursorem, Encolpium actorem..

*Prædium suburbanum sestertiu*m sexagies, quod beneficio *Imp. Cæsaris Trajani Augusti Germanici Dacici consecutus sum,* intra biennium, quam m*ortuus ero, libertis in alimenta dari volo. Fidei itaque heredum com*mitto, uti prædium, in quo *corpus meum sepeliri volo, cum in eo* ... *amicus meus rarissim*us, reliquias meas con*diderit, exceptis locis religiosis et monimento quo reliquiæ* meæ inlatæ fuerint, cui*cumque sive testamento anteave libertatem dedi sive codicillis ded*ero, præterquam Hymno *pessime de me merito et ingrato erga patronum suum, cum pascuis, sal*tibus silvis instructum ma*ncipio dent, ita ne de nomine libertorum exeat, neve ii vendant pig*nore den*t* cedant condonen*t, ejus autem portio, qui ex his decesserit, reliquis adcrescat, donec* in rerum natura esset un*us eorum. Quodsi liberti libertæque in rerum natura omnes esse de*sierin*t*, *t*unc ad libertorum *meorum filios posterosque, donec esset unus eorum, idem volo perti*nere. Quodsi esse desierit, *tunc* ad *Serviani mei libertos posterosque eorum pertineat. Cum a*utem in tam multas partes *prædium præfatum distributum iri intelligam, nec possint om*nes universa possidere, rel*iquum est, huic quoque difficultati consulere. Itaque Terpnum,* Achillen, Heliopæden Cymb*alistam curatores do, et si quis ex his decesserit, tunc alium cura*torem substitui curatori *defuncto reliquorum suffragio jubeo, et ab his curatoribus* alimenta omnia comput*ari et reditus distribui libertis volo, qua re effectum iri existi*mo, ut ab uno omnia percip*iant omnes.*

*Hoc amplius heredes meos rogo fideique omnium here*dum meorum committo, *maxime vero a tua, Serviane domine, erga me benevolentia peto, ne pati*aris post me quemquam il*lorum, quos sive testamento sive codicillis manumittes, aut etiam vet*erum libertorum tuorum poni in m*onimento meo, aut quemquam ex meis libertis præter Encol*pum et Harmastum et Anat*ellonta. Aditum autem ambitum et accessum in monimento volo habere om*nes, quos sive ante testamen*tum sive testamento manumisi, præterquam te, Hymne, qui quamvis* plurimum tibi præstitis*se me agnoveris, adeo tamen ingratus extitisti, ut propter ea, quæ* a te passus sum aut timuer*im, etiam a tumulo meo removendum te statuerim. Reliquias meas U*rsi Serviani domini mei et ... *amici rarissimi curæ commendo, capulum aut*em ferri volo per Serviani mei li*bertos. Per eundem amicum intra biennium postquam defun*ctus ero consummari inc*hoatum jubeo monimentum, sumptuumque in eam rem factorum rationem eu*m reddere volo Serviano me*o, et, quo notior sit voluntas mea, lapidi incidi testamenti exemplu*m et poni ad latus monimen*ti mei.*

*Hoc amplius quisquis mihi heres heredesve erit eruntve, e*um eosque rogo fideique ej*us eorumque committo, ut quæcumque hoc testamento cuiquam dedi l*egavi, ea vicensimis omni*bus modis liberent, ita ut eas aut solvant judiciave suscipiant eo* nomine, *a*ut vicensimæ *nomine cum publicano, qui id vectigal conductum habebit, aut pacis*cantur aut decidant aut in *arbitrum compromittant.*

*Novissime, si quid codicillis alio*ve quo ge*ne*re scriptum si*gnatumque reliquero, valere volo, quasi testamento scriptum signatu*mque reliq*uiss*em. Lituræ, *inductiones, superinductiones, quæ in eo inveniuntur,* jam testamenti faciundi et *signandi tempore factæ sunt. Testamentum scribendum*

*curavi per Ve*ntidiu*m C*ampanum, testa*mentarium, juris studiosum* ... *Romæ*, Aelio *Hadri*ano et Trebatio Prisco *cos*.

(*Codicille.*)

.. Do lego damnasq*ue esto quisquis mihi heres erit dare... Imp. Cæsari Trajano* Aug. Germanico *Dacico* ... *Sos*io Senecioni singu*lis* ... *argenti* pondo V, Otacilio or... medico HS XI ... HS CCCC, ex qu... *Anatellonti* Eurotæ lib...ione di*lexerunt*...

FIN DE L'APPENDICE.

TABLE DES MATIÈRES.

Pages.

AVANT-PROPOS VII
Préliminaires. XI
Sources XIII
Aperçu bibliographique. XIV

CHAPITRE PREMIER.

LA SUCCESSION UNIVERSELLE ET LA SUCCESSION PARTICULIÈRE A CAUSE DE MORT.

§ 1. Succession universelle 3
§ 2. Succession particulière 10
§ 3. A qui succède-t-on et qui peut succéder à cause de mort? . 11

CHAPITRE II.

PRINCIPES GÉNÉRAUX DE LA SUCCESSION UNIVERSELLE.

§ 4. Qui est héritier? 19
§ 5. Délation et acquisition de l'hérédité 26
§ 6. L'hérédité jacente. 28
§ 7. Continuité et perpétuité de l'hérédité 31
§ 8. L'usucapion *pro herede* 34
§ 9. La *Bonorum Possessio* 37

CHAPITRE III.

DÉLATION TESTAMENTAIRE ET DÉLATION AB INTESTAT.

Section première. — Délation testamentaire.

Pages.
§ 10. Les testaments du droit ancien 49
§ 11. Les testaments du droit nouveau 59
§ 12. Testaments irréguliers et privilégiés 67
§ 13. La *Testamenti factio*. 76
§ 14. Qui peut tester? 78
§ 15. Qui peut être témoin? 87
§ 16. Le contenu du testament. Éléments accidentels. L'institution, élément essentiel 90
§ 17. Qui peut être institué? 101
§ 18. Restrictions et modalités de l'institution 108
§ 19. Institution avec crétion 120
§ 20. La substitution vulgaire 122
§ 21. Les substitutions pupillaire et quasi-pupillaire . . . 128

Section deuxième. — Délation ab intestat.

§ 22. Observation préliminaire 137
§ 23. La succession ab intestat selon la loi des Douze Tables . 138
§ 24. La succession ab intestat selon l'Édit du Préteur. *Bonorum possessio intestati*. 148
§ 25. Le droit impérial antérieur à Justinien 159
§ 26. La succession ab intestat selon le droit de Justinien . . 162

Section troisième. — De la déshérence et de ce qui la précède ou la retarde.

§ 27. Biens vacants. *Bonorum addictio libertatum causa* . . 177

CHAPITRE IV.

DÉLATION CONTRA TABULAS, CONTRAIRE AU TESTAMENT.

§ 28. Introduction 185

Section première. — La prétérition.

§ 29. Prétérition civile et exhérédation 189
§ 30. Les posthumes et quasi-posthumes 194

Pages.

§ 31. La prétérition prétorienne. *Bonorum possessio contra tabulas*. 201

Section deuxième. — L'inofficiosité.

§ 32. Notion. La légitime 206
§ 33. Actions du légitimaire lésé 213

Section troisième. — Droit nouveau.

§ 34. Réforme générale de Justinien. La Novelle CXV . . . 221
§ 35. Légitimes extraordinaires 226

CHAPITRE V.

TRANSMISSION ET CESSION DE L'HÉRÉDITÉ DÉFÉRÉE. DROIT D'ACCROISSEMENT. ENVOIS EN POSSESSION PROVISOIRE A PROPOS D'HÉRÉDITÉ.

§ 36. Les transmissions 231
§ 37. Cessions d'hérédité 237
§ 38. Droit d'accroissement 242
§ 39. Envois en possession provisoire à propos d'hérédité . . 247

CHAPITRE VI.

ACQUISITION DE LA SUCCESSION UNIVERSELLE.

Section première. — Comment l'acquisition a lieu.

§ 40. Préliminaires de l'acquisition d'une hérédité déférée *ex testamento;* ouverture et publication du testament. Sénatusconsulte Silanien 253
§ 41. Héritiers volontaires, héritiers nécessaires 259
§ 42. Bénéfice d'abstention 263
§ 43. Adition et répudiation de l'hérédité 266
§ 44. Acquisition de la *Bonorum possessio* 272

Section deuxième. — Effets de l'acquisition.

§ 45. Effet général. *Successio in universum jus defuncti* . . . 276
§ 46. Le bénéfice d'inventaire 280
§ 47. Le bénéfice de délibération. *Jus deliberandi* 286

Pages.

§ 48. Le bénéfice de séparation des patrimoines. 289
§ 49. Charges de l'héritier. Exécution du testament 292

Section troisième. — Comment on fait valoir le droit à la succession.

§ 50. Pétition d'hérédité. Pétitions utiles 296
§ 51. Interdits *Quam hereditatem* et *Quorum bonorum* . . . 309

Section quatrième. — Relations entre cohéritiers.

§ 52. Communauté incidente et partage 312
§ 53. Ancienne collation des biens et de la dot 320
§ 54. Collation du droit nouveau. Rapport 326

CHAPITRE VII.

LES SUCCESSIONS PARTICULIÈRES A CAUSE DE MORT.

§ 55. Observation préliminaire 335

Section première. — Le legs.

§ 56. Notions générales 338
§ 57. Le grevé 341
§ 58. Le légataire 345
§ 59. Forme du legs. Les formes et espèces anciennes et le droit nouveau. 349
§ 60. Modalités des legs 357
§ 61. Restrictions législatives des legs 364
§ 62. De l'objet du legs. 372
§ 63. Legs de corps certain et déterminé. *Legatum speciei* . . 374
§ 64. Legs de genre. Legs d'alternative 381
§ 65. Legs de quantité. 388
§ 66. Legs d'universalité. Legs de partition 390
§ 67. Legs de prestations périodiques. 395
§ 68. Legs de droits réels. 400
§ 69. Legs de droits d'obligation 403
§ 70. Acceptation et répudiation du legs 413
§ 71. *Dies cedens, dies veniens* 416
§ 72. Droit d'accroissement entre colégataires 419
§ 73. Effet de l'acquisition du legs. 425
§ 74. Actions du légataire 429
§ 75. Caution, envois en possession. Interdit *Quod legatorum* . 436

Section deuxième. — Le fidéicommis.

Pages.
§ 76. Notion et histoire 439
§ 77. Le Codicille 442
§ 78. Clause codicillaire 448
§ 79. Assimilation du legs et du fidéicommis 450

Section troisième. — Des donations à cause de mort et des mortis causa capiones.

§ 80. La donation à cause de mort 456
§ 81. *Mortis causa capiones* 462

CHAPITRE VIII.

L'HÉRÉDITÉ FIDÉICOMMISSAIRE OU LE FIDÉICOMMIS UNIVERSEL.

§ 82. Notion et histoire 467
§ 83. Le fidéicommis universel du droit nouveau 473

CHAPITRE IX.

NULLITÉ ET INFIRMATION DES DERNIÈRES VOLONTÉS.

§ 84. Généralités 489
§ 85. De la cassation et révocation, et de la rescision des actes de dernière volonté 494
§ 86. Inefficacité et destitution du testament 501
§ 87. Règle Catonienne 505
§ 88. Extinction des legs 507
§ 89. Révocation et translation des legs 511

CHAPITRE X.

INCAPACITÉ ET INDIGNITÉ.

§ 90. L'incapacité 521
§ 91. L'indignité 529

APPENDICE.

Le testament de Dasumius 537

TABLE ALPHABÉTIQUE.

Les chiffres sans désignation de paragraphe indiquent les pages.

Acceptation de l'hérédité. *Voyez* Adition.
Acceptation du legs. § 70. 413-415. § 73. 425-429.
Accroissement. *Voyez* Droit d'accroissement.
Acquisition de la *Bonorum possessio*. § 44. 272-275.
Acquisition de l'hérédité. § 5. 26-28. *Voyez* Adition, — Héritiers volontaires, nécessaires.
Acquisition du legs. *Voyez* Acceptation du legs.
Action calvisienne. 226-227.
— *communi dividundo*. 319.
— *ex testamento*. *Voyez* Action *legati*.
Action *familiæ erciscundæ*. 315-319, 326, 348, 351, 480.
Action favienne. 226-227.
— hypothécaire du légataire. 430.
Action *legati*. 429-435.
— réelle du légataire (revendication, confessoire, etc.). 429-435.
Action supplétoire. 213, 215, 225.
Ademtio legati. *Voyez* Révocation des legs.
Adition d'hérédité. § 43. 266-272, 27.
Adjudication. 316-318.
Agnation. 38.
Agnation de posthumes. 187, 194-195, 494-495.
A legatario legari non potest. — *A legatario legari potest*. 341-342.
Aliénation de la chose léguée. 513.
An de deuil. 14.
Analphabète. 68.
Annua legata. 395-398.
A semet ipso inutiliter legatur. 348.
Assimilation du legs et du fidéicommis. § 79. 450-455.
Bénéfice d'abstention. § 42. 261, 263.
Bénéfice de délibération. § 47. 286-288.
Bénéfice d'inventaire. § 46. 280-286.
Bénéfice de séparation de l'héritier nécessaire. 261.

Bénéfice de séparation des patrimoines. § 48. 289-292, 430.
Bona. 6-8, 41.
Bona vacantia. § 27. 177-180.
Bonorum addictio libertatum conservandarum causa. 180-181.
Bonorum possessio. § 9. 8, 37-45, 279.
Bonorum possessio contra tabulas. § 31. 201-205.
Bonorum possessio cum re, sine re. 279.
Bonorum possessio decretalis, edictalis. 273.
Bonorum possessio ex carboniano edicto. 248.
Bonorum possessio furioso, infanti, muto, surdo, cæco competens. 247-248.
Bonorum possessio intestati. § 24. 148-149.
Bonorum possessio liberti intestati. 156-157.
Bonorum possessio secundum tabulas. 55-56.
Bonorum possessio unde cognati, 148-152.
Bonorum possessio unde legitimi. 156.
Bonorum possessio unde liberi. 152-156.
Bonorum possessio unde vir et uxor. 152, 174.
Bonorum possessio ventris nomine. 248-249, 462-463.
Bonorum venditio. 8.
Caduca fiunt cum onere. 525.
Caducité. 524-529.
Capacité *sensu stricto*. § 90. 521-529.
Captation. 116-117, 359-360, 490.
Cassation des dernières volontés. § 85. 194-500.
Casus impotentiæ, casus noluntatis. 123.
Casus primus, casus secundus s. alter. 129.
Causa curiana. 129, 133-144.
Cautela Socini. 208.
Caution *legatorum servandorum causa*. § 75. 436-437.
Caution mucienne. 111, 357-359, 457.
Célibataires. 522-528.
Centumvirs. 206.
Certæ civitatis civis. 79-80.
Cession d'hérédité acquise. § 37. 242.
Cession d'hérédité déférée. § 37. 237.
Charges de l'héritier. § 49. 292-295
Clause codicillaire. § 78. 448-450.
Clause dérogatoire. 443, 446.
Codicille. § 77. 442-447, 540.
Coemtio testamenti faciendi causa. 84.
Cognation. 38.
Collation. § 53-54. 320-332.
— de la dot. 324-332.
Communauté incidente entre cohéritiers. § 52. 312-319.
Concubinat. 175.
Concursus causarum lucrativarum. 377-378, 509-510.
Concursus partes facit. 9, 242, 420.
Condictio causa data causa non secuta. 457.
Conditionis implendæ causa. 463.
Conditio jurisjurandi. 112.
Conditio nominis ferendi. 535.
Condition de célibat, de viduité. 112.
Conditions mises à l'institution. 110-116.
Conditions mises au legs. 357-359.
Conjonctions. 244-247, 419-424.
Conjunctæ personæ. 202.
Continuité de l'hérédité. § 7. 31-32, 110, 277.
Crétion. § 19. 120-122. 535.
Crimen expilatæ hereditatis. 35-57.
Curateur au ventre. 248.
Déditices. 78, 101.
Délation. § 5. § 10-35. 26-28, 49-228.

Délation ab intestat. § 22-26. 137-176.
Délation *contra tabulas*. § 28-35. 185-228.
Délation *ex testamento*. § 10-21. 49-136.
Delibatio hereditatis. 11, 338, 341, 375.
Déshérence. § 27, 177-181.
Destitution du testament. § 86. 502-505.
Dies. *Voyez* Terme.
Dies cedens, *dies veniens*. § 71. 416-419, 414.
Divisio parentis inter liberos. 75-76.
Domestici heredes. 137-141, 259-266.
Donatio testamento relicta, *prædicta*. 11, 338.
Donation, avancement d'hoirie. 326-332.
Donation à cause de mort. § 80. 456 462.
Dos prælegata, *relegata*. 410-413.
Droit d'accroissement entre cohéritiers. § 38. 242-247, 9, 172.
Droit d'accroissement entre cofidéicommissaires universels. 480.
Droit d'accroissement entre colégataires. § 72. 419-424.
Droit d'accroissement entre colégataires d'usufruit. 424.
Droit spécial des militaires. 4, 20. 25, 33-34, 69-74, 79, 91, 99-100, 110-113, 206, 243-271, 280, 386, 498, 524.
Duas lucrativas causas in eadem re concurrere non posse. 378, 509.
Edictum successorium. 156-157.
Édit carbonien. 248.
— *de conjungendis cum emancipato liberis ejus*. 153-155.
Edit *Divi Hadriani*. 56, 249.
— *de legatis præstandis contra tabulas bonorum possessione petita*. 202-205.
Edit *si quis omissa causa*. 503-505.
Émancipé. 139-141, 149, 152-156, 320-323.
Enfant adoptif. 140, 165.
— adultérin. 175.
— donné en adoption. 139, 149, 152-155, 165.
Enfant incestueux. 175.
— naturel. 175.
Envois en possession. *Voyez Missio*.
Envois en possession provisoire à propos d'hérédité. § 39. 247-249.
Erepticium, *ereptorium*, *ereptorium*. 530-534.
Étranger, *peregrinus*. *Voyez* Pérégrin.
Étranger, *extraneus*. *Voyez Heres extraneus*.
Exception d'impenses à la pétition d'hérédité. 306-308.
Exception *ne præjudicium hereditati fiat*. 297, 315-317.
Exception *restitutæ hereditatis*. 480.
Exécuteurs testamentaires. 293-294.
Exhérédation. § 29-31. 189-205. § 34. 221-226, 90.
Exhérédation officieuse, *bona mente facta*. 207.
Exheredationes non sunt adjuvandæ. 190.
Exheredatus numerum facit ad augendam legitimam. 208.
Extinction des legs. § 88. 507-511.
Falsa causa non nocet. 93-96, 363-364.
Falsa demonstratio non nocet. 92-96, 363-364-404, 406-407, 409-413.
Familia defuncti. 4-7.
Familiæ emtor. 50-55, 87-88.
Femmes, au point de vue de la *testamenti factio*. 84-85, 88-90, 107-108.
Fictus possessor. 299.
Fidéicommis. 10-11, 335-337, 439, 536.

Fidéicommis oral. 447-448.
— particulier. § 76-79. 439-455.
Fidéicommis universel. § 82-83. 467-485, 336-337.
Fideicommissum ejus quod superfuturum est. 474.
Fideicommissum familiæ relictum, successif, substitution fidéicommissaire. 347, 482-484.
Fideicommissum heredi præsenti injunctum. 447-448.
Fidéicommissaire. 439.
Fiduciaire. 439.
Forme de la donation à cause de mort. 457, 462.
Forme de l'institution 92-96.
— du legs. § 59. 349-357.
— du testament. 49-76.
Fundus instructus, fundus uti nunc est. 390.
Gesta de aperiundo testamento. 256-258.
Grevé, *oneratus.* § 57. 341-345.
Hereditas, hérédité. 6-8.
Hereditas bonorum et nominis. 525.
Hereditas damnosa. 6-7.
— *personam defuncti sustinet.* 29-30.
Hereditas pro domino est. 29-30.
— *viventis in rerum natura non est.* 11.
Hereditati furtum non fieri. 29-31.
Hérédité *ab intestat.* 24.
— fidéicommissaire. *Voyez* Fidéicommis universel.
Hérédité jacente. § 6. 28-31.
— légitime. 24. 141-146.
Heredium. 6.
Heres (*herus*), héritier. 5-8.
Hérétiques. 14-15.
Héritier fidéicommissaire, héritier fiduciaire. 467.
Héritier volontaire, héritier nécessaire. § 41. 259-263.
Honoratus. Voyez Légataire.
Impubère adrogé. 227.
Incapacité d'être institué. 101-108.
Incapacité d'être légataire. 345-346.
Incapacité de recueillir, *incapacitas sensu stricto.* § 90. 521-529.
Incapacité de succéder. 13-16.
Incerta persona. 103-106.
In conditionibus primum locum voluntas defuncti obtinet. 112.
Incorporation. 178-180.
Indignité. § 91. 529-534.
Inefficacité du testament. § 86. 501-502.
In legitimis hereditatibus successio non est. 143-148, 162.
Inofficiosité. § 32-33. 206-220, 187-188.
Institutio caput et fundamentum totius testamenti. 90.
Institution. § 16-19. 90-122, 448.
Institution avec crétion. § 19. 120-122.
Institution captatoire. 116-117.
— conditionnelle. § 18. 108-116.
Institution *ex re certa.* 98-100.
— *sub causa.* 93.
— *sub demonstratione.* 92.
— *sub modo.* 117-119.
Instrumentum legatum. 390.
Interdit *de tabulis exhibendis.* 254.
— *quam hereditatem.* § 51. 309-310.
Interdit *quod legatorum.* 437-438.
— *quorum bonorum.* § 51. 309-311, 35.
Intestabilis. 80-84, 88-89.
Intestat. 24.
Juris possessor. 298-299.
Jus antiquum in caducis. 526.
— *caduca vindicandi.* 525.
— *capiendi.* § 90. 521-528.
— *deliberandi. Voyez* Bénéfice de délibération.
Jus gentilitium. 147.
Latinité junienne. 522-528.
Legare. 19-21.
Légataire, *legatarius, honoratus.* § 58. 345-349.
Legatum, legs. § 55-75. 79, 335-

348, 450-455, 10-11, 536-540.
Legatum ou legs avec terme. 359-361.
Legatum calendarii. 403-404.
— *chirographi*. 406.
— conditionnel. 357-359.
— d'aliments. 346, 398-399.
Legs d'argent. 374, 388-390.
— d'alternative. § 64. 386-388.
— de créance, *nomen legatum*. 403-407.
Legs de créance alternative. 404-405.
Legs de dette, *debiti*. 409-413.
— de dot. 410.
— de droits d'obligation. § 69. 403.
Legs de droits réels. § 68. 400-403.
Legs de genre, *genus legatum*. § 64. 381-386.
Legs de prestations périodiques. § 67. 395-399.
Legatum familiæ relictum. 347.
— *generale*. 392-394.
— *liberationis*. 377, 380-381, 407-409.
Legatum optionis seu electionis. 383-386.
Legatum partitionis. 391-394, 484-485.
Legatum per damnationem. 350, 354-355.
Legatum per præceptionem. 351, 355-356.
Legatum per vindicationem. 350-354, 414.
Legatum quantitatis. § 65. 388-390.
Legatum reditus. 396.
— *rei alienæ*. 375-379.
— *rei oppigneratæ*, legs d'une chose engagée, grevée. 375, 380-381.
Legatum rei propriæ. 376.
— *sinendi modo*. 354-355.
— *speciei*. § 63. 374-381.
— *sub causa*. 363.
Legatum sub demonstratione. 363.
— *sub modo*. 361-363.
— *successivum*. 346-347.
— *universitatis*. § 66. 390-395.
Legatum utile esse debet. 372.
Légitimaires. 207.
Légitime. § 32-34. 206-226, 341.
Légitime de la veuve indigente. 174-175, 227.
Légitimes extraordinaires. § 35. 226-228.
Legitimi. 156.
Lex Quisquis. 14-16.
Liberi. 152-156, 187, 525.
Libripens. 50-54, 60.
Loi *Cornelia, de his qui in hostium potestatem pervenerunt et ibi decesserunt*. 86-87.
Loi *Falcidia*. 365-370, 450, 457-462, 468-472.
Loi *Fufia Caninia*. 370-372.
— *Furia*. 364, 367.
— *Julia et Papia Poppæa*. § 91. 521-529, 178, 440, 457, 531.
Loi *Julia de vicesima hereditatum*. 249, 253-254.
Loi *Junia Norbana*. 522-523.
— *Junia Vellæa*. 195.
— *Voconia*. 107-108, 142, 162, 365, 367, 391, 440.
Militaires. *Voyez* Droit spécial des militaires.
Militia. 327.
Missio Antoniniana. 431, 436-437.
Missio in possessionem scripti heredis ex lege ult. C. De edicto divi Hadriani tollendo. 249.
Missio in rem. 431.
Modalités de l'institution. § 18. 108-119.
Modalités des legs. § 60. 357-364.
Mode. 117-119, 361-363, 530-531.
Mortis causa capiones. § 81. 462-464.
Mortis causa donatio. *Voyez* Donation à cause de mort.

Testament mystique. 67, 93.
— nuncupatif. 50-52, 60.
— olographe. 58-59.
— postérieur imparfait. 495.
Testament prétorien. 55-56.
— pupillaire. 130-136, 504.
Testamenta privata solemnia. 59-65.
Testamenta publica. 65-67.
Testamentarius. 52, 542.
Testamenti factio. § 13. 76-78.
— — *activa*. § 14. 78-87, 345-346, 444-457.
Testamenti factio passiva. § 17. 101-108, 510, 521-522, 528, 531.
Testaments irréguliers ou privilégiés. § 67-76.
Testamentum destitutum seu desertum. 502-505.
Testamentum irritum. 501-502.
— *parentis inter liberos*. 74-75.
Testamentum pestis tempore conditum. 69.
Testamentum prima facie justum, septem signis signatum. 55-56.
Testamentum principi oblatum. 65-67.
Testamentum rescindibile. 501.
— *ruri conditum*. 68-69.
Translation des legs. § 89. 516-518.
Transmissions. § 36. 231-237.
Tutelle du sexe. 84-85.
Usucapion *pro herede*. § 8. 34-37, 294-295.
Usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus esto. 34.
Ususfructus legatus. 400-403.
Uxor filiæ loco. 139.
Vierges vestales. 84-85, 107.
Viventis hereditas in rerum natura non est, p. 11.
Voconiana ratio. 142, 162.

FIN DES TABLES.

ERRATA.

Page 9, ligne 22. Au lieu de *sensisses*, lisez *sensisse*.
» 13, » 3. » *hie*, » *his*.
» 13, » 11. Lisez *accipere potest, quia...*
» 22, » 23. » *cautiones legum auctoritate...*
» 43, » 17. Au lieu de *G.*, lisez *Comparez*.
» 53, avant-dernière ligne. Supprimez le point après *ob id*.
» 72, ligne 30. Au lieu de **44**, lisez *unique*.
» 110. Le renvoi à la note 1 doit être placé à la ligne 4 et non à la ligne 7.
» 117, dernière ligne. Au lieu de *herciscundæ*, lisez *erciscundæ*.
» 123, ligne 2. Au lieu de *voluntatis*, lisez *noluntatis*.
» 144, » 17. » *duodocim*, » *duodecim*.
» 208, lignes 1 et 2. Au lieu de *d'un quart*, lisez *de la moitié*.
» 246, ligne 25. Après *L. un.*, ajoutez § 10.
» 279, » 11. Au lieu de *tutione*, lisez *tuitione*.
» 313, » 23. » *esciscundæ*, lisez *erciscundæ*.
» 363, » 6. » *relinqua*, lisez *relinquo*.
» 405, » 9. Lisez *qui successerunt, non...*
» 430, » 26. Au lieu de *actionis*, lisez *actiones*,
» 433 et 435, en tête. Lisez ACTIONS DU LÉGATAIRE.